RECHT ODER POLITIK? – DIE DEUTSCHE FRAGE VOR DEM BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

Inaugural - Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
vorgelegt
der
Philosophischen Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-
Universität
zu Bonn

1980

von

Reinhard Fenner

aus
Hamburg

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546507_0010

Recht oder Politik? - Die deutsche Frage vor dem Bundesverfassungsgericht

Inauguraldissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt
der

Philosophischen Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-
Universität
zu Bonn

von

Reinhard Fenner

aus

Hamburg

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Karl Dietrich Bracher
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Karlheinz Niclauß

Tag der mündlichen Prüfung: 5. November 1980

Gedruckt mit Genehmigung der Philosophischen Fakultät

Inhalt

Einleitung 5

A. Das Bundesverfassungsgericht - rechtsprechendes und politisches Organ 9

I. Die Verfassungsgerichtsbarkeit 9

1. Zwischen Politik und Recht 9
2. Für und Wider 11

II. Der Hüter der Verfassung 16

1. Die Konzeption des Parlamentarischen Rates 16
2. Auf dem Weg zum Verfassungsorgan 21
3. Das Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts 27
4. Gericht und politisches Organ 30

B. Grundlegung der Rechtsprechung - Spiegelbild der politischen Entwicklung 35

I. Vom Provisorium zum Definitivum 35

II. Die Nichtentscheidung im Kampf um den Wehrbeitrag 41

III. Das Verhältnis Westdeutschlands zu Deutschland als Ganzem 57

1. Identitätstheorie und Grundgesetz 58
2. Der Alleinvertretungsanspruch der Bundesregierung 77
3. Rechtsschöpfung statt Rechtsprechung 89

IV. Berlin 95

1. Besondere Besatzungszone 96
2. Die Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts 104
3. Die Beziehungen des Bundes zu West-Berlin 137
4. Anwalt statt Gericht 164

V. Das Wiedervereinigungsgebot 175

1. Rechtspflicht 176
2. Politisches Bekenntnis 201

VI. Loyalität und Legitimation 213

C. Doppelte Kontinuität 222

I. Politischer Stillstand 222

II. Verselbständigung der Rechtsprechung 235

D. Politik versus Rechtsprechung - Rechtsprechung versus Politik 247

I. Die Anerkennung der Realitäten 247

II. Das Urteil zum Grundlagenvertrag 261

1. Ein Vorgefecht 262
2. Das Deutschlandbild des Bundesverfassungsgerichts 281
3. Politische Leitlinien 302
4. Nach dem Urteil 316

III. Hüter von Staat und Nation 328

E. Juridifizierte Politik - politisierte Justiz 336

I. Von der Weimarer zur Karlsruher Republik? 336

II. Eine deutsche Tradition 347

III. Der Primat der Politik 351

Abkürzungen 360

Bibliographie 361

Auszug aus dem Grundgesetz 372

Lebenslauf 374

Einleitung

Am 31. Juli 1973 endete die parlamentarische Kontroverse um den Grundlagenvertrag vor dem Bundesverfassungsgericht. Dieser durch Richter gesetzte Schlußpunkt führte allen Beteiligten und Beobachtern dieser politischen Auseinandersetzung erneut vor Augen, daß der politische Entscheidungsprozeß in Westdeutschland nicht notwendigerweise auf Regierung und Parlament in Bonn beschränkt sein muß, sondern durchaus auch in Karlsruhe stattfinden kann. Was die Teilhabe des Bundesverfassungsgerichts an der Deutschlandpolitik betrifft, so erschöpfte sie sich allerdings nicht in diesem einen - wenn auch spektakulären - Urteil, wie es bisweilen den Anschein hat. Vielmehr gründete sich das Urteil auf eine zwanzigjährige Deutschland-Rechtsprechung, die im Jahr 1973 lediglich mancherorts in Vergessenheit geraten bzw. angesichts der Deutschlandpolitik der sozial-liberalen Regierung obsolet geworden zu sein schien.

Wenn der kaum mehr zu überblickenden Literatur zur deutschen Frage, wie sie sich nach dem Zweiten Weltkrieg darstellt, nunmehr eine weitere Untersuchung hinzugefügt wird, so nicht zuletzt deshalb, weil es bis heute an einer umfassenden Darstellung und Analyse der Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Zusammenhang mit der deutschen Frage fehlt. Wohl sind die Aussagen des Gerichts von der Rechtswissenschaft immer wieder kommentiert worden, jedoch beschränkten sich diese Kommentare regelmäßig auf einzelne Urteile oder Ausschnitte der deutschen Frage. Darüber hinaus haben diese Untersuchungen dem politischen Kontext wenig oder gar keine Beachtung geschenkt. Vor allem dieser politische Kontext der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen sollte aber nicht außer acht gelassen werden, wenn zugrunde gelegt wird, daß sich der Inhalt des Verfassungsrechts nicht in den in der Verfassung einmal niedergelegten Normen erschöpft, sondern diese Normen prinzipiell der Konkretisierung und Auffüllung durch die Verfassungsrechtsprechung unterliegen.

Daraus ergibt sich das Ziel der vorliegenden Arbeit. Sie soll aufzeigen, in welchem Maße die deutschlandpolitische Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch politische Vorstellungen beeinflußt worden ist und welche Rückwirkungen die so beeinflußte Rechtsprechung wiederum auf die Politik hatte und weiterhin hat. Obwohl Gegenstand dieser Untersuchung also die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in dem spezifischen Bereich der Deutschlandpolitik ist, handelt es sich dennoch nicht um eine juristische, sondern um eine politikwissenschaftliche Studie; denn die Beantwortung der Frage, ob diese Rechtsprechung aus dem Grundgesetz abgeleitet werden kann - eine Aufgabe, die zuvörderst der Jurist wahrzunehmen hat -, ist lediglich der notwendige erste Schritt, um die zugrunde liegende Hypothese zu verifizieren: daß die Aussagen des Bundesverfasssungsgerichts zur deutschen Frage weniger Rechtsprechung im Sinne der Anwendung von Grundgesetznormen als vielmehr die Übernahme politischer Vorstellungen auf die Rechtsebene sind.

Damit stellt sich die Frage nach der Methode. Die Untersuchung nähert sich unter Anwendung der deskriptiv-analytischen Methode ihrem Gegenstand, der deutschlandpolitischen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie den sich daraus ergebenden Rückwirkungen auf die Politik. Zwei Gründe sprechen für diese Wahl. Einmal kann auch bei einem politikwissenschaftlichen Ansatz nicht auf die Analyse der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung verzichtet werden; denn wäre diese Rechtsprechung lediglich die Subsumtion politischen Handelns unter eine Grundgesetznorm, wäre die dieser Arbeit zugrunde liegende Hypothese von vornherein falsifiziert. Zum anderen erfolgt die Entscheidungsfindung des Bundesverfassungsgerichts nicht öffentlich, sondern im Abgeschlossenen, d.h. der möglicherweise politische Kern einer scheinbar juristischen Begründung kann immer nur im Wege des Vergleichs zwischen Rechtsprechung und vorangegangener politischer Entscheidung bloßgelegt werden. Die deskriptiv-analytische Methode scheint am ehesten geeignet zu sein, beiden Gesichtspunkten Rechnung zu tragen.

Zur Politik gehört seit jeher der Streit um Wörter und Begriffe.[1] Das gilt selbstverständlich auch für die Deutschlandpolitik, wofür die langjährige Nichtverwendung der drei Buchstaben DDR auf westdeutscher Seite ebenso Beispiel ist wie die bis heute auf ostdeutscher Seite konsequent praktizierte Verwendung der drei Buchstaben BRD für Bundesrepublik Deutschland. Da beide Namen, Bundesrepublik Deutschland und Deutsche Demokratische Republik, in den ersten Jahren des Bestehens der beiden deutschen Staaten in ihrer Bedeutung nicht einwandfrei waren - sie waren sowohl Bezeichnung für die jeweiligen Teilstaaten als auch für den deutschen Gesamtstaat -, wird auf ihren Gebrauch ebenso verzichtet wie auf die Abkürzungen DDR und BRD. Statt dessen werden die von ihrer Bedeutung her zweifelsfreien Bezeichnungen Westdeutschland und Ostdeutschland verwendet, es sei denn, Zitate oder die Wiedergabe von Auffassungen Dritter gebieten anderes.

Was die Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Zusammenhang mit der deutschen Frage angeht, so wird mit der vorliegenden Arbeit kein Anspruch auf letzte Gewißheit erhoben - schon deshalb nicht, weil zweifelhaft ist, ob es eine letztgültige Erkenntnis gibt, weil in der Wissenschaft vielmehr immer nur eine Annäherung an die Wahrheit möglich erscheint.[2] Da es sich bei der deutschlandpolitischen Rechtsprechung darüber hinaus lediglich um einen von vielen Bereichen handelt, zu dem das Bundesverfassungsgericht im Laufe seines mehr als fünfundzwanzigjährigen Bestehens Stellung genommen hat, verbietet es sich auch, im Wege der Induktion allgemeingültige Aussagen zur Verfassungsrechtsprechung zu machen. Dazu bedürfte es der politikwissenschaftlichen Analyse nicht allein dieses speziellen Bereichs, sondern aller Gebiete der Verfassungsrechtsprechung, was zwar immer wieder gefordert wird [3],

1) Bracher "Schlüsselwörter in der Geschichte" S. 15 ff
2) Popper "Objektive Erkenntnis" S. 213 ff
3) So z.B. auf der Tagung der Deutschen Vereinigung für Politische Wissenschaft im Jahr 1977; vergl. Grimm PVS Sonderheft 9/1978 S. 289.

bisher aber nur vereinzelt geschehen ist.[4] Erst wenn dieses weite Feld bestellt ist, wird sich die Frage stellen, ob es möglich ist, eine politische Theorie der Verfassungsrechtsprechung zu entwickeln.

---

4) Vergl. etwa im Zusammenhang mit Art. 14, 15 des Grundgesetzes Backhaus PVS 1976 S. 520 ff.

A. Das Bundesverfassungsgericht - rechtsprechendes und politisches Organ

I. Die Verfassungsgerichtsbarkeit

1. Zwischen Politik und Recht

Die Verfassung eines Staates enthält Gebote und Verbote, nach denen die Bürger, vor allem aber die politischen Repräsentanten ihr Handeln auszurichten haben. Sie ist der Rahmen, innerhalb dessen die Gestaltung des Gemeinwesens möglich und zulässig ist. Das Verfassungsrecht ist mithin in einem spezifischen Sinn politisches Recht: Es ist den politisch Handelnden vorgegeben und entzieht sich im allgemeinen ihrer Verfügbarkeit.[1] Die Einhaltung der Verfassung durch die Staatsorgane zu gewährleisten ist Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit. Wie die sonstigen Gerichtsbarkeiten auf je verschiedene Rechtskreise fixiert sind, so ist das Tätigkeitsfeld der Verfassungsgerichtsbarkeit der Verfassungsrechtskreis.[2] Er umfaßt diejenigen Normen, nach denen die am staatlichen Leben beteiligten Organe handeln, um letztlich einen einheitlichen Staat zu formen. Verfassungsgerichtsbarkeit ist daher diejenige Art eines gerichtsförmigen Verfahrens, durch das staatliche Gewalt in all ihren Erscheinungsformen an der Verfassung gemessen wird.[3]

Aus dem Tätigkeitsfeld der Verfassungsgerichtsbarkeit ergibt sich im Hinblick auf die anderen Gerichtsbarkeiten ein dreifacher Unterschied. Während es bei den sonstigen Gerichts-

---

1) Für Änderungen des Verfassungsrechts durch den Gesetzgeber sind regelmäßig qualifizierte Mehrheiten, in manchen Ländern auch besondere Verfahren erforderlich. Vergl. für Westdeutschland Art. 79 Abs. 2 des Grundgesetzes.

2) Friesenhahn "Über Begriff und Arten der Rechtsprechung" S. 37 ff unterscheidet zwischen Zivilrechtskreis, Strafrechtskreis, Verwaltungsrechtskreis und Verfassungsrechtskreis.

3) Ebenso Laufer "Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß" S. 9.

barkeiten in der Mehrzahl um die Entscheidung umstrittenen Rechts zwischen zwei Privatpersonen oder zwischen einer Privatperson und staatlichen Instanzen geht [4], hat Verfassungsgerichtsbarkeit die Entscheidung umstrittenen Rechts entweder zwischen zwei Staatsorganen oder - bei der Verfassungsbeschwerde eines einzelnen - zwischen dem Staat und einer Privatperson zum Inhalt. Nicht die Durchsetzung des Rechts einer Privatperson, sondern die Überprüfung der Staatsorgane auf die Einhaltung der Verfassung ist die eigentliche Domäne der Verfassungsgerichtsbarkeit.

Ein weiterer Unterschied folgt aus der Natur des Verfassungsrechtes. Die Verfassung ist das Gerüst für das staatliche Zusammenleben von Menschen. Dieses Gerüst enthält viel häufiger als das einfache Gesetz lediglich Grundsätze, die der Konkretisierung bedürfen. Wird staatliches Handeln auf seine Verfassungsmäßigkeit an allgemeinen Grundsätzen wie Gerechtigkeit, Freiheit und Gleichheit gemessen, so erhellt das, in welch unterschiedlicher Weise der Verfassungsrichter und der Richter der anderen Gerichtsbarkeiten an Recht und Gesetz gebunden sind. In der Verfassungsgerichtsbarkeit spielen daher Wertentscheidungen eine erheblich größere Rolle als bei den sonstigen Gerichtsbarkeiten.[5]

Der dritte Unterschied wird deutlich, wenn man berücksichtigt, daß die Verfassungsgerichtsbarkeit zuständig ist für die Entscheidung über die Gültigkeit einer Norm, die sonstigen Gerichtsbarkeiten hingegen die Gültigkeit der Norm voraussetzen und sie lediglich auf einen konkreten Tatbestand anwenden. Wer über die Gültigkeit einer Norm entscheidet, entscheidet immer auch über die Zulässigkeit des mit der Norm verfolgten Zwecks, des vom Gesetzgeber verfolgten Zieles. Damit ist die Verfassungsgerichtsbarkeit in einem sehr viel stärkeren Maße ge-

4) Ausnahmen sind in der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Streitigkeiten zwischen einer Selbstverwaltungskörperschaft und der Aufsichtsbehörde sowie das kommunale Verfassungsstreitverfahren.

5) Herbert Krüger "Die deutsche Staatlichkeit im Jahre 1971" S. 17 bemerkt zutreffend: "Von diesen Verfassungsgrundsätzen kann man wahrhaft sagen, daß sie das seien, was die Gerichte meinen."

staltend als die sonstigen Gerichtsbarkeiten, da ihre Gestaltungsmöglichkeit nicht durch spezielle Gesetze, sondern allein von dem viel weiteren Rahmen der Verfassung - die in Zweifelsfällen wiederum von ihr selbst ausgelegt wird - begrenzt wird.

Das spezifisch Politische der Verfassungsgerichtsbarkeit wird damit offenkundig: Einmal entscheidet sie Streitigkeiten, an denen notwendigerweise ein Staatsorgan beteiligt ist. Des weiteren sind ihre Entscheidungen aufgrund der allgemein gehaltenen Verfassungsgrundsätze zwangsläufig in erheblichem Umfang von Wertungen geprägt. Schließlich kommt ihr eine beachtliche Gestaltungsmöglichkeit zu, da sie bei Überprüfung einer Norm auf ihre Verfassungsmäßigkeit inzidenter über die Zulässigkeit des Zwecks und Zieles einer politischen Maßnahme, nämlich des Gesetzes, befindet. Verfassungsgerichtsbarkeit steht daher im Schnittpunkt zwischen Politik und Recht.[6)]

2. Für und Wider

Die besondere Affinität zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Politik macht es verständlich, daß über ihre Zweckmäßigkeit in Deutschland nicht erst seit Errichtung des Bundesverfassungsgerichts diskutiert wird. Der Streit über Sinn und Zweck währt so lange, wie die Institution Verfassungsgerichtsbarkeit besteht bzw. sich zu entwickeln begann [7)]; mit der Folge,

---

6) Das wird allgemein anerkannt, unabhängig von der Funktion, die dem Richter zugebilligt wird. Ist diese Tatsache für die Vertreter der Auffassung, jeder Richter übe eine politische Funktion aus, allerdings nur das letzte Glied der Kette ihrer Beweisführung, stellt sich dieses Faktum für die Gegenseite lediglich als eine Ausnahme der richterlichen Tätigkeit dar, das nicht in der Lage sei, Allgemeinverbindliches über den Charakter der Justiz auszusagen; vergl. einerseits Zeitler "Verfassungsgericht und völkerrechtlicher Vertrag" S. 170, andererseits Steffan PuZ 1974 B 47 S. 19.

7) Vergl. zur Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland Friesenhahn "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland" S. 7 ff.

daß die Argumente des Für und Wider heute nicht anders lauten als vor einem halben Jahrhundert, als sich das Reichsgericht für befugt erklärte[8], Reichsgesetze auf ihre inhaltliche Übereinstimmung mit der Reichsverfassung zu prüfen, und sich damit zum "Wächter und Wahrer der Reichsverfassung"[9] machte. Zwar ist dieser Wächter damals immer wieder gefordert worden[10], in der Weimarer Verfassung jedoch war er nicht vorgesehen; denn der Staatsgerichtshof hatte nur sehr beschränkte Befugnisse, vor allem war er nicht für die Überprüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zuständig.[11] Die Exponenten dieses Streites, der bis heute an Aktualität nichts eingebüßt hat, sind Carl Schmitt auf der einen und Hans Kelsen auf der anderen Seite. Ihre Argumentation sei daher stellvertretend für viele andere Stimmen kurz aufgezeigt.

Schmitt wandte sich entschieden gegen die vom Reichsgericht eingeleitete Entwicklung und machte nachdrücklich auf die mit einer Verfassungsgerichtsbarkeit verbundenen Gefahren aufmerksam. Dabei ging er davon aus[12], daß jede richterliche Entscheidung eine vom Gesetzgeber generell bereits getroffene Entscheidung voraussetze. Dieser Umstand, daß der Richter nur ausspreche, was in Wirklichkeit schon geregelt sei, rechtfertige seine Sonderstellung, die in seiner Objektivität, seiner Stellung über den Parteien, seiner Unabhängigkeit und seinem unpolitischen Charakter zum Ausdruck komme. Justitiabel werde ein Fall erst dadurch, daß ein Tatbestand unter eine generelle Norm subsumiert werden könne. Das Wesen der richterlichen Tätigkeit bestehe allein darin, bei Streitigkeiten mit Hilfe einer vor-

---

8) RGZ 111 S. 380
9) So der damalige Reichsgerichtspräsident Simons in DJZ 1924 Sp. 246.
10) Vergl. z.B. die "Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentages" 1926, Band II, insbesondere die Ausführungen von Anschütz S. 205 ff.
11) Art. 19 Satz 1 der Weimarer Verfassung: "Über Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes, in dem kein Gericht zu ihrer Erledigung besteht, sowie über Streitigkeiten nicht privatrechtlicher Art zwischen verschiedenen Ländern oder zwischen dem Reiche und einem Lande entscheidet auf Antrag eines der streitenden Teile der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, soweit nicht ein anderer Gerichtshof des Reiches zuständig ist."
12) "Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung" S. 77 ff sowie "Der Hüter der Verfassung" S. 36 ff

gegebenen eindeutigen Norm zu entscheiden.

Gerade an diesem Kriterium, der eindeutigen Norm, anhand der geprüft und entschieden werde, fehlt es nach Ansicht Schmitts jedoch, wenn es darum geht, ein Gesetz auf seine Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen. Nicht nur, daß es sich dabei nicht mehr um die Subsumtion eines Tatbestandes unter eine Norm handele; noch schwerwiegender sei, daß die Entscheidung aus dem zweifelhaften Inhalt einer verfassungsgesetzlichen Bestimmung hergeleitet werde. Bei der Entscheidung über Zweifel und Meinungsverschiedenheiten, ob ein Widerspruch zwischen zwei Normen vorliege, werde tatsächlich nicht die eine Norm auf die andere angewandt, sondern - weil die Zweifel und Meinungsverschiedenheiten nur den Inhalt des Verfassungsgesetzes beträfen - in Wahrheit ein zweifelhafter Norminhalt außer Zweifel gestellt und authentisch festgelegt. Das sei in der Sache Beseitigung einer Unklarheit über den Inhalt des Verfassungsgesetzes und daher Bestimmung des Gesetzesinhalts, demnach Gesetzgebung und nicht Rechtsprechung.

Schmitt kommt zu der Schlußfolgerung, daß der Streit um den Inhalt einer gesetzgeberischen Entscheidung nicht justitiabel sei. Organisiere man für die Auslegung von Verfassungsbestimmungen gleichwohl ein justizförmiges Verfahren, so organisiere man neben der bereits bestehenden eine weitere gesetzgebende Instanz. Angesichts der in jeder Verfassung vorhandenen "dilatorischen Formelkompromisse"[13] müßte das notwendigerweise zu einer Expansion der Justiz in dem Sinne führen, daß Verfassungsgerichtsbarkeit in eine politische Instanz verwandelt und damit die Trennung der Gewalten aufgehoben würde. Bei einer solchen Entwicklung würde nicht etwa die Politik juridifiziert, sondern die Justiz politisiert.

Kelsen stimmte mit Schmitt darin überein, daß die Institution einer Verfassungsgerichtsbarkeit eine Frage der Zweckmäßigkeit sei.[14] Während dieser die Zweckmäßigkeit jedoch verneinte, bejahte jener sie. Es sei eine irrige Voraussetzung, daß zwischen

---

13) "Verfassungslehre" S. 31 f

14) "Wer soll Hüter der Verfassung sein?" S. 1880 ff sowie "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit" S. 1837 ff.

der Funktion der Justiz und der politischen Funktion ein Wesensgegensatz bestehe. Wenn die Funktion des Gesetzgebers deshalb politisch sei, weil er die Menschen seinem Willen unterwerfe und sie bei Verfolgung ihrer Interessen in die durch seine Normen gezogenen Schranken zwinge, mithin Interessenkonflikte durch Machtausübung entscheide, komme man nicht umhin festzustellen, daß auch die Justiz politisch sei. Sie erschöpfe sich eben nicht darin, nur Werkzeug der Macht zu sein; vielmehr stecke in jedem Urteil, wenn man das Politische in der Entscheidung von Interessenkonflikten erblicke, ein Element der Dezision und damit der Machtausübung. Dieser politische Charakter der Justiz werde um so deutlicher, je weiter das Ermessen des Richters gehe.

Die Verfassungsgerichtsbarkeit zeichne sich lediglich dadurch aus, daß sie in einem viel weiteren Maße politischen Charakter habe als die Funktion anderer Gerichte. Sie werde, soweit sie ein Gesetz für verfassungswidrig erkläre, als negativer Gesetzgeber tätig. Da jedoch jede Justiz mehr oder weniger politischen Charakter habe, könne dieser Umstand der Justiz nicht wesensfremd sein. Und da sich jeder politische Streit letztlich auf einen Rechtsstreit reduzieren lasse, könne auch jeder politische Streit juristisch entschieden werden. Wenn daher einerseits Einrichtungen für erforderlich gehalten würden, die die Verfassungsmäßigkeit des Verhaltens der Staatsorgane kontrollieren sollten, andererseits zu dieser Kontrolle zumindest nicht diejenige Instanz geeignet sei, deren Akte zu überprüfen seien, bleibe allein die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit, da diese sowohl gegenüber dem Parlament als auch gegenüber der Regierung unabhängig sei.

Diese je verschiedenen Auffassungen von der richterlichen Tätigkeit bestehen bis heute fort.[15] Lediglich die Richtung der Argumentation hat sich verschoben; denn nunmehr wird die Argumentation im Sinne Schmitts weitgehend für, im Sinne Kelsens dagegen weitgehend gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit ins Feld

15) Vergl. zu dieser Diskussion exemplarisch die Auseinandersetzung zwischen Wassermann und Steffan, PuZ 1974 B47 S. 3 ff.

geführt.[16] Während Schmitt nämlich die Stellung des objektiven Richters - und damit auch die des Verfassungsrichters - bedroht sah, wenn auslegungsbedürftige Normen die Grundlage seiner Entscheidungen bilden, wird heute gesagt, diese Objektivität sei geradezu Garant dafür, daß auch bei Rechtsstreitigkeiten, die auf unterschiedliche politische Vorstellungen zurückgingen, letztlich immer eine Rechtsentscheidung getroffen werde.[17] Andererseits wird mit der Erkenntnis Kelsens, daß zwischen dem politischen Charakter der Gesetzgebung und dem der Justiz nur ein quantitativer, nicht jedoch ein qualitativer Unterschied bestehe, dieses insonderheit für die Verfassungsgerichtsbarkeit gelte, die Kritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit begründet und vor einer Verlagerung der Kompetenzen der Staatsorgane gewarnt.[18]

Festzustellen bleibt, daß der Verfassungsgerichtsbarkeit Entscheidungen unter Anwendung spezifisch politischen Rechts obliegen. Mehr noch als die anderen Gerichtsbarkeiten übt sie eine politische Funktion aus, wenn sie die Tätigkeit der Staatsorgane auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft. Mit dieser Feststellung ist allerdings noch nichts über die konkreten Kompetenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit gesagt. Zwar hat sie es mit der Auslegung von Normen zu tun. In welchem Umfang sie jedoch zur Normenkontrolle berufen ist, ist nicht a priori gegeben, sondern wird vom Gesetzgeber, in aller Regel vom Verfassungsgesetzgeber, festgelegt. Denkbar ist z.B., daß Verfassungsgerichtsbarkeit von der Überprüfung außenpolitischer Verträge ausgenommen wird oder daß sie nur zur Entscheidung über Rechte und Pflichten eines Staatsorgans, die sich aus der Verfassung ergeben, zu entscheiden hat.

Unter Geltung der Weimarer Verfassung konnte die Diskussion des Für und Wider im Sinne der Ergebnisfindung nicht abgeschlossen

---

16) Abgesehen von den Schülern der beiden; vergl. einerseits Marcic "Verfassungsgerichtsbarkeit als Sinn der reinen Rechtslehre" S. 499 ff, andererseits Forsthoff "Rechtsstaat im Wandel" S. 172.

17) Z.B. Wittig "Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts?" S. 142 ff, Bachof "Grundgesetz und Richtermacht" S. 32 ff.

18) Z.B. Hans Schneider "Gerichtsfreie Hoheitsakte" S. 31 f, Werner Weber "Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem" S. 149.

werden, da sie durch den Nationalsozialismus abrupt beendet wurde. An Aktualität gewann diese Frage erst wieder, als sich der Westteil Deutschlands anschickte, sich eine neue Verfassung zu geben. Nunmehr ging es allerdings nicht mehr um die Fortsetzung der theoretischen Erörterung der Institution Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern um die praktische Umsetzung der bisher gewonnenen Erkenntnisse, d.h. um die Beantwortung der Fragen, ob eine Verfassungsgerichtsbarkeit überhaupt wünschenswert ist, und, wenn ja, mit welchen Befugnissen sie ausgestattet werden soll.

II. Der Hüter der Verfassung

1. Die Konzeption des Parlamentarischen Rates

Der Parlamentarische Rat stand zwar nicht theoretisch, aber praktisch vor Neuland in Deutschland. Erfahrungen über eine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit gab es nicht. Angesichts der bekannten Auseinandersetzung um die Zweckmäßigkeit und die Gefahren einer solchen Institution hätte man erwarten dürfen, daß der Verfassungsgeber ihre Vor- und Nachteile eingehend erörtert. Das um so mehr, als auch die Befürworter einer Verfassungsgerichtsbarkeit schon damals das Problem der "dilatorischen Formelkompromisse" und die damit verbundenen Risiken einer Machtverschiebung ebenso wie ihre Gegner sahen.[19)]

Die offen zutage liegende Problematik der Verfassungsgerichtsbarkeit klang in den Beratungen des Herrenchiemseer Verfassungskonvents und des Parlamentarischen Rates jedoch nur an, ohne daß sie zu einer Debatte über die Zweckmäßigkeit dieser Institution in einer parlamentarischen Demokratie führte, ohne daß sie Anlaß zu ausführlicher Diskussion darüber war, welche Konsequenzen mit einer solchen Institution verbunden sind. Zwar wurde die Frage nach dem Hüter des Grundgesetzes bereits auf dem Herrenchiemseer Konvent aufgeworfen: "Auf welche Weise soll diese

19) Kelsen aaO S. 1892 sowie S. 1852 ff

Hut der Verfassung verwirklicht werden, durch Gerichte oder auf andere Weise?"[20] Über diese Fragestellung hinaus gediehen allerdings weder die Beratungen des Herrenchiemseer Verfassungskonvents noch die des Parlamentarischen Rates; denn nachdem der hessische Staatssekretär Brill festgestellt hatte, daß mit der Einhaltung des Grundgesetzes die Forderung nach einem obersten Gerichtshof in unmittelbarem Zusammenhang stehe[21], war die Frage von Carlo Schmid, ohne daß sie erörtert worden war, praktisch entschieden. Von nun an ging es in den Beratungen der Verfassungsväter nicht mehr um das Ob, sondern nur noch um die Frage des Wie, um die Festlegung der Befugnisse des Bundesverfassungsgerichts.

Diese gewichtige Vorentscheidung beruhte einmal auf der negativen Erfahrung des Dritten Reiches, zum anderen auf dem amerikanischen Vorbild des Supreme Court. Unter dem Eindruck der Vergangenheit wurde die Frage der Zweckmäßigkeit einer Verfassungsgerichtsbarkeit für obsolet gehalten. Nach dem Mißbrauch der Macht durch die Nationalsozialisten war die Kontrolle der Einhaltung der Verfassung durch die Staatsorgane ein von allen anerkanntes Gebot der Stunde. Wem die Kontrolle zu überantworten war, zeigte das amerikanische Vorbild, ohne daß allerdings klare Vorstellungen über dessen Funktion bestanden.[22] In den Augen der Verfassungsväter konnte allein die Neutralität der Justiz die Einhaltung der Verfassung durch die Staatsorgane gewährleisten. Die Frage der Zweckmäßigkeit wurde mithin im Sinne Kelsens entschieden, während vom Richterbild die Vorstellung Carl Schmitts zugrunde gelegt wurde.

---

20) Abg. Carlo Schmid (SPD), Herrenchiemseer Verfassungskonvent, 3. Sitzung S. 5 f

21) aaO S. 13

22) Das erhellt schon daraus, daß über die Zuständigkeiten des Supreme Court während der Beratungen des Parlamentarischen Rates nicht ein einziges Mal debattiert wurde. Die Beratungen des Parlamentarischen Rates gibt im übrigen Laufer "Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß" S. 52 ff umfassend wieder.

Natürlich verschloß der Parlamentarische Rat bei der weiteren Beratung seine Augen nicht vor der politischen Bedeutung des zu schaffenden Verfassungsgerichtes, vor der Tatsache, daß in Verfassungsfragen das Rechtliche vom Politischen oft nicht zu trennen ist. Von einer großen Macht, die man dem Gericht gebe, war die Rede [23], davon, daß das Verfassungsgericht dem Minderheitenschutz diene [24], ja sogar vom obersten politischen Willensorgan wurde gesprochen.[25] Das blieben jedoch mehr oder weniger Bemerkungen beiläufiger Art, die nicht Anlaß zu einer grundsätzlichen Auseinandersetzung des Verhältnisses von Recht und Politik und damit nicht in der Lage waren, die einmal eingenommene Grundhaltung der Verfassungsväter zu erschüttern.
Nach Auffassung des Parlamentarischen Rats war es möglich, die Kontrolle des Verfassungsgerichts auf Fragen zu beschränken, die justitiabel sind. Selbst wenn in Rechtsstreitigkeiten politische Fragen impliziert sein sollten, so entscheide das Verfassungsgericht letztlich nur über den zugrunde liegenden Rechtsstreit.[26] Kelsens Hinweis, daß jeder politische Streit zu einem Rechtsstreit gemacht werden könne, wurde dabei ebensowenig bedacht wie Schmitts These von der Politisierung der Justiz.

Unter dem Eindruck des nationalsozialistischen Unrechtsstaates wurde die Institution Bundesverfassungsgericht im Grundgesetz festgeschrieben, ohne daß eine eingehende Erörterung der mit ihr verbundenen Probleme erfolgte. Um den Willen zu bekunden, daß es ein echtes Gericht ist, das Rechtsfragen und nicht politische Meinungsunterschiede zu entscheiden hat, wurde es unter dem Abschnitt "Rechtsprechung" des Grundgesetzes aufgeführt und nicht, wie ursprünglich vorgeschlagen, in einem eigenen Abschnitt.[27]

---

23) Abg. Carlo Schmid (SPD), Hauptausschuß, 23. Sitzung S. 273
24) Abg. Laforet (CSU), ebenda
25) Abg. de Chapeaurouge (CDU), ebenda
26) Vergl. Ausschuß für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege, 6. Sitzung S. 19.
27) So die Überlegungen des Verfassungskonvents von Herrenchiemsee; vergl. "Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee" S. 45 f sowie S. 75.

Das Bundesverfassungsgericht ist demnach also Teil der rechtsprechenden Gewalt, d.h. es hat in der Weise Recht zu sprechen, daß es unabhängig von politischen Institutionen Rechtsstreitigkeiten durch Anwendung von Verfassungsnormen entscheidet. Zuständig ist es nach dem Willen des Parlamentarischen Rates vor allem für Entscheidungen über die Auslegung des Grundgesetzes aus Anlaß von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorgans; für Entscheidungen bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit dem Grundgesetz; für Entscheidungen zur Klärung der Verfassungswidrigkeit einer Partei; schließlich für Entscheidungen zur Klärung der Gültigkeit von Gesetzen, die von Gerichten der anderen Gerichtsbarkeiten für verfassungswidrig gehalten werden.[28)]

Mit der Festlegung der Befugnisse des Bundesverfassungsgerichts war die Grundlage für eine Institution geschaffen, deren Möglichkeiten von den Schöpfern des Grundgesetzes recht eigentlich nicht diskutiert und daher auch nicht voll in Betracht gezogen worden sind.[29)] Diese Tatsache ergibt sich nicht zuletzt daraus, daß sich zwar im Zusammenhang mit der Bestimmung des Art. 98 Nr. 2 des Herrenchiemseer Entwurfs[30)] eine Diskussion über die Verschiebung von Kompetenzen von den politischen Organen auf das Bundesverfassungsgericht entspann.[31)] Im Zusammenhang mit der tatsächlich entscheidenden Zuständigkeitsnorm des Bundesverfassungsgerichts, der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 des Grundgesetzes, tauchten

---

28) Art. 93 Abs. 1 Nrn. 1 und 2, Art. 21 Abs. 2 Satz 2, Art. 100 des Grundgesetzes; vergl. zur Zuständigkeit im übrigen ausführlich "Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz" Band 1 S. 225 ff.

29) Ebenso Dolzer "Die staatstheoretische und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts" S. 34.

30) "Das Bundesverfassungsgericht entscheidet über Verfassungsstreitigkeiten zwischen obersten Bundesorganen oder Teilen von solchen, die in diesem Grundgesetz mit eigenen Rechten ausgestattet sind."; gemeint sind damit Streitigkeiten über die Kompetenzen der Bundesorgane.

31) Insbesondere Abg. Strauß (CDU) machte auf diese Gefahr aufmerksam; vergl. Ausschuß für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege, 7. Sitzung S. 19.

diese Bedenken dagegen nicht auf. Die Diskussion um diese Bestimmung drehte sich in erster Linie um die Frage, ob solche Streitigkeiten vor dem geplanten obersten Bundesgericht[32] oder aber vor dem Bundesverfassungsgericht auszutragen seien, mit anderen Worten: ob es sich bei der abstrakten Normenkontrolle um reine Rechtsentscheidungen oder um Entscheidungen mit politischem Gehalt handelt.[33] Von möglichen Kompetenzverschiebungen war nicht die Rede. Insofern ist nur teilweise zutreffend, wenn heute darauf hingewiesen wird, der Parlamentarische Rat habe sehr wohl die politischen Implikationen des Bundesverfassungsgerichts gesehen.[34] Angesichts der Beratungen der Verfassungsväter muß festgestellt werden, daß das bei der entscheidenden Bestimmung nicht der Fall war mit der Folge, daß das Bundesverfassungsgericht eine umfassende, seine eigentliche Macht begründende abstrakte Normenkontrollbefugnis erhielt.

Trotz der dem Bundesverfassungsgericht verliehenen Kompetenzfülle[35] und der Tatsache, daß seine Entscheidungen in bestimmten Fällen Gesetzeskraft haben sollten [36], geht die Konzeption des Parlamentarischen Rates aus seinen Beratungen zweifelsfrei hervor: Das Bundesverfassungsgericht ist eine Kontrollinstanz, die die Staatsorgane auf die Einhaltung der Verfassung überwacht. Die Kontrolle beschränkt sich dabei auf die Entscheidung von Rechtsfragen. Das Bundesverfassungsgericht ist nach den Vorstellungen des Parlamentarischen Rates echtes Gericht und kein politisches Organ. Es ist "Hüter der Verfassung in wahrhaftem Sinn"[37] und soll den Machtmißbrauch der politischen Organe verhindern. Die Antithetik von Recht und Politik, die es

32) Zur Wahrung der Einheit der Rechtsprechung wurde eine solche Institution vorgesehen; vergl. aaO 3. Sitzung S. 3 ff. Die Aufgaben dieser nicht verwirklichten Institution nimmt nunmehr ein Gemeinsamer Senat der Bundesgerichte wahr; vergl. "Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes", BGBl 1968 I S. 661 ff.

33) Ausschuß für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege, 7. Sitzung S. 44 ff.

34) So z.B. Hans Schneider aaO S. 28 f, der der Auffassung ist, der Parlamentarische Rat habe die Möglichkeit der justizförmigen Entscheidung politischer Konflikte durch das Bundesverfassungsgericht bewußt einkalkuliert, ja geradezu erstrebt.

35) Die durch den Parlamentarischen Rat zugewiesenen Zuständigkeiten sind zusammenfassend in § 13 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht aufgeführt.

36) Art. 94 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes

37) So die Formulierung im "Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee" S. 45.

gerade hinsichtlich des Verfassungsrechts nicht gibt, war bei den Beratungen des Parlamentarischen Rates mithin bestimmend gewesen.

2. Auf dem Weg zum Verfassungsorgan

Der Parlamentarische Rat hatte den Zuständigkeitskatalog des Bundesverfassungsgerichts im Grundgesetz niedergelegt, die Festlegung der Struktur des Gerichts - wie im übrigen auch die Möglichkeit weiterer Kompetenzzuweisungen - jedoch dem einfachen Gesetzgeber überlassen. Bevor der Bundestag allerdings daranging, die organisatorischen Fragen zu klären, holte er die Diskussion nach, die im Parlamentarischen Rat hätte geführt werden müssen: über das grundsätzliche Wesen der Verfassungsgerichtsbarkeit, über die Möglichkeit bzw. Unmöglichkeit, Rechtsentscheidungen von politischen Entscheidungen zu unterscheiden.[38] Angesichts der durch den Parlamentarischen Rat getroffenen Entscheidung hinsichtlich der Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts war diese Diskussion im Grunde überflüssig, da sie nichts mehr ändern konnte. Sie wird nur verständlich, wenn man die realistischere Einschätzung der Funktion des Bundesverfassungsgerichts durch den Gesetzgeber berücksichtigt. Von dieser Einschätzung hing letztlich die Festlegung der Struktur des Bundesverfassungsgerichts ab. Wäre es nur Gericht, hätten Struktur und Richterbestellung wie bei allen anderen Gerichten auch geregelt werden können; hatte es hingegen eine darüber hinausgehende Qualität, kam es entscheidend auf die Regelung nicht zuletzt dieser beiden Komponenten an.

Der Parlamentarische Rat hatte dem Bundesverfassungsgericht allenfalls eine "politische Bedeutung", "einen gewissen politischen Akzent"[39] zugebilligt. Die Bundesregierung war sehr viel deutlicher: Sie sprach in der Begründung ihres Entwurfs

38) Vergl. Ausschuß für Rechtswesen und Verfassungsrecht, 1. WP, 21. bis 23. Sitzung.

39) So z.B. Abg. Zinn (SPD), Ausschuß für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege, 7. Sitzung S. 3, sowie Hauptausschuß, 23. Sitzung S. 275.

eines Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht von der "besonderen politischen Funktion" dieses Gerichts, davon, daß das Bundesverfassungsgericht ein Verfassungsorgan sei.[40] Auf dieser Linie lag auch der Vorschlag des Bundesrates, die Verfassungsorganqualität im Gesetz festzuhalten.[41] Eine politische Funktion kann nur ausüben, wer politisch handelt, wer politische Entscheidungen trifft. Nichts anderes kommt mit dem Begriff Verfassungsorgan zum Ausdruck: Es nimmt an der Leitung des Staates in letztlich bestimmender Weise teil, d.h. es wird im typischen Bereich des Politischen organisatorisch selbständig tätig.[42]

Auf der anderen Seite wurde immer wieder betont, die Richter des Bundesverfassungsgerichts sollten keine Politik machen dürfen und dürften sie auch nicht machen.[43] Diese Haltung erinnert an Morgensterns "Was nicht sein darf, das nicht sein kann" und kann nur als beschwörender Appell und Wunsch denn als wirkliche Überzeugung der Parlamentarier aufgefaßt werden. Wie anders sollte es sonst verstanden werden, daß die Parteien trotz dieser Auffassung von der Tätigkeit der Verfassungsrichter den Dreh- und Angelpunkt des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, die Wahl der Richter sowie die Form ihres Tätigwerdens, zum casus belli der Beratungen machten? Während nämlich der Regierungsentwurf eine Art Senatsprinzip vorsah [44], setzte sich die SPD-Fraktion in ihrem Entwurf[45] für das Plenarprinzip ein, d.h. für einen einheitlichen Spruchkörper,

---

40) Drucksache I/788 S. 23;unzutreffend ist übrigens die Einlassung der Bundesregierung ebenda, der Parlamentarische Rat habe das Bundesverfassungsgericht als Verfassungsorgan vorgesehen. Davon ist in den Beratungen des Parlamentarischen Rates keine Rede gewesen.

41) Der Änderungsvorschlag lautete: "Das Bundesverfassungsgericht ist ein selbständiges Verfassungsorgan"; Drucksache I/788 S. 37.

42) Billing "Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht" S. 73; grundlegend zum Wesen des Verfassungsorgans bzw. Staatsorgans Jellinek "Allgemeine Staatslehre" S. 540 ff.

43) So etwa Abg. Adolf Arndt (SPD), Ausschuß für Rechtswesen und Verfassungsrecht, 23. Sitzung S. 12 und 20.

44) Drucksache I/788, §§ 2 und 13

45) Drucksache I/328, § 2

um jede Manipulationsmöglichkeit bei der Anrufung des Gerichts zu vermeiden. Und während der Regierungsentwurf für die Wahl der Richter zum Bundesverfassungsgericht nur im ersten Wahlgang eine Zweidrittelmehrheit forderte, bei Nichterreichen dieses Quorums dann jedoch bis zur einfachen Mehrheit herunterging, sah der SPD-Entwurf in jedem Fall eine Dreiviertelmehrheit vor, um eine Politisierung der Richter im Sinne der jeweiligen Mehrheit des Bundestages zu verhindern. Wäre die Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts tatsächlich nicht mehr als nur ein Finden des im Grundgesetz bereits Festgelegten, wäre es nicht verständlich, daß ein Unterausschuß gebildet werden mußte, um schließlich zu einer von einer breiten Mehrheit getragenen Lösung zu gelangen.[46)]

Vor allem diese Tatsache ist Beweis dafür, daß der einfache Gesetzgeber die Möglichkeiten dieses Gerichts, und zwar im Sinne der politischen Einflußnahme, sehr viel klarer als der Parlamentarische Rat sah. Diese Möglichkeiten wurden eben entscheidend dadurch bestimmt, in welcher Zusammensetzung entschieden würde und auf welche Weise die Richter in dieses Gremium gewählt würden. Je größer der Einfluß der Parteien bei der Richterbestellung, desto größer die Chance, daß die eigene Politik bei einem Streit vor dem Bundesverfassungsgericht bestehen wird. Dieser Umstand erklärt, warum erst nach langen Beratungen im Unterausschuß ein Kompromiß zustande kam[47)], so daß die Institution Bundesverfassungsgericht schließlich doch mit Zustimmung fast aller Parteien sowie des Bundesrates[48)]

46) Aufgrund der verfassungsrechtlichen Bedeutung waren sich die Parteien über das Erfordernis der Einstimmigkeit bei der Verabschiedung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht von Anfang an im klaren; vergl. die Ausführungen des Berichterstatters Abg. von Merkatz (DP), BT, 1. WP, 112. Sitzung S. 4218.

47) Über die Beratungen des Unterausschusses wurden keine Protokolle angefertig so daß wichtige Materialien über die Entstehung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht fehlen. Nach Abschluß seiner Beratungen hat der Unterausschuß dem Ausschuß für Rechtswesen und Verfassungsrecht lediglich einen Gesetzentwurf vorgelegt, ohne dazu schriftliche Bemerkungen zu machen Der Entwurf findet sich in "Materialien zum Gesetz über das Bundesverfassungsgericht" des Deutschen Bundestages, I 115 A Band 1 Lfd. Nr. 45.

48) Mit Ausnahme der KPD, vergl. aaO S. 4418 f.

als ein weiterer "mächtiger Pfeiler im Bau der Bundesrepublik"[49] errichtet werden konnte: mit zwei Senaten und der Bestellung der Richter je zur Hälfte durch den Wahlmännerausschuß des Bundestages mit Dreiviertelmehrheit und durch den Bundesrat mit Zweidrittelmehrheit.[50]

Die zwiespältige Haltung des Gesetzgebers zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts kommt in der Definition seiner Stellung im Bundesverfassungsgerichtsgesetz und seiner anfänglichen tatsächlichen Institutionalisierung besonders deutlich zum Ausdruck. Wenn man sich in den Beratungen über das Bundesverfassungsgerichtsgesetz auch nicht über die Frage der Verfassungsorganqualität einigen konnte [51], so wurde schließlich doch eine Formulierung verabschiedet, die an Klarheit kaum etwas zu wünschen übrig läßt: "Das Bundesverfassungsgericht ist ein allen übrigen Verfassungsorganen gegenüber selbständiger und unabhängiger Gerichtshof des Bundes."[52] Das Wort "übrigen" besagt nichts anderes, als daß das Bundesverfassungsgericht neben den bestehenden Verfassungsorganen ebenfalls diese Qualifikation für sich in Anspruch nehmen kann.[53] Entgegen dieser eindeutigen gesetzlichen Festlegung erfolgte dann allerdings die Institutionalisierung des Gerichts: Die Richter erhielten den Status von Beamten, das Gericht wurde dem Bundesministerium der Justiz zugeordnet und bekam somit auch keinen eigenen Einzelplan im Bundeshaushalt zugewiesen [54], wie es einem Verfassungsorgan zukommt. Trotz der Formulierung des Gesetzes wurde dem Bundesverfassungsgericht also das Wesentliche eines Verfassungsorgans vorenthalten: die ihm eigene Selbständigkeit.

---

49) So Carlo Schmid am Schluß der dritten Lesung, BT, 1. WP, 116. Sitzung S. 4419.

50) §§ 2, 6, 7 der ursprünglichen Fassung des Gesetzes, BGBl 1951 I S. 243.

51) Vergl. die Beratungen des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht, 1. WP, insbesondere 54. Sitzung S. 25 sowie 65. Sitzung S. 8. SPD und DP sprachen sich gegen, CDU/CSU für die Verfassungsorganqualität aus.

52) § 1 Abs. 1

53) Daher ist es nicht verwunderlich, daß der CSU-Abgeordnete Laforet in der zweiten Lesung ohne Widerspruch feststellen konnte, "das Bundesverfassungsgericht ist kein oberes Bundesgericht, sondern nach § 1 ein Verfassungsorgan in der Reihe der durch das Grundgesetz geschaffenen Verfassungsorgane". BT, 1. WP, 114. Sitzung S. 4287 f.

54) Dazu im einzelnen Laufer aaO S. 257 ff.

Bei dem Streit um die Organisation des Gerichts traten zwei weitere Kompetenzzuweisungen in den Hintergrund, über die zwischen den Parteien grundsätzlich Übereinstimmung bestand. Während der Parlamentarische Rat das Institut der Verfassungsbeschwerde überhaupt nicht diskutierte [55], nahm es der einfache Gesetzgeber trotz teilweise geäußerter Bedenken[56] in den Zuständigkeitskatalog des Bundesverfassungsgerichts auf.[57] Dem Bundesverfassungsgericht wurde damit eine Zuständigkeit übertragen, die am ehesten mit Rechtsprechung etwas zu tun hat; denn wie die anderen Gerichtsbarkeiten unter Anwendung von Normen über ein vermeintliches Recht des einzelnen entscheiden, so entscheidet das Bundesverfassungsgericht im Wege der Verfassungsbeschwerde über ein vermeintliches Grundrecht des einzelnen. Das Bundesverfassungsgericht wendet bei der Verfassungsbeschwerde mithin wie andere Gerichtsbarkeiten auch auf einen tatsächlichen Sachverhalt eine Norm an. Damit verschaffte der Gesetzgeber dem Bundesverfassungsgericht nur eine Kompetenz, die zum Wesen des Rechtsstaates gehört: den Schutz des Bürgers vor staatlicher Gewalt zu gewährleisten.

Die zweite Kompetenzzuweisung hatte dagegen mit Rechtsprechung unter keinem Gesichtspunkt etwas zu tun. Danach wurde dem Bundesverfassungsgericht die Befugnis zugesprochen, auf gemeinsames Ersuchen von Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung sowie auf Ersuchen des Bundespräsidenten Rechtsgutachten zu erstellen.[58] Beabsichtigt wurde mit dieser Vorschrift, der Legislative die Möglichkeit zu geben, bei strittigen Fragen die Meinung des letztlich entscheidungskompetenten Organs schon im voraus einzuholen. Eine Kompetenzerweiterung im materiellen Sinn konnte in der Gutachtertätigkeit somit nicht gesehen werden. Daher ist es auch verständlich, daß über diese

---

55) Laufer aaO S. 81 ff

56) Vergl. dazu Ausschuß für Rechtswesen und Verfassungsrecht, 1. WP, 52. Sitzung S. 32 ff. Befürchtet wurde vor allem, daß die Verfassungsbeschwerde notorischen Querulanten die Möglichkeit eröffnet, die Staatstätigkeit durch Verfassungsbeschwerden zu behindern.

57) §§ 90 ff des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht

58) § 97 der ursprünglichen Fassung des Gesetzes, BGBl 1951 I S. 252

Vorschrift kaum diskutiert und in ihr lediglich eine "überwiegend moralische Wirkung"[59] erblickt wurde. Das Bundesverfassungsgericht erfahre durch ein eventuell vorangegangenes Gutachten keinerlei Bindung.[60] Ein Trugschluß, wie sich kurze Zeit später herausstellen sollte.[61]

Der Parlamentarische Rat war sich der besonderen Stellung des Bundesverfassungsgerichts im westdeutschen Verfassungssystem bewußt, konzipierte es aber gleichwohl als Gericht und nicht als Verfassungsorgan. Der einfache Gesetzgeber schätzte die Möglichkeiten zwar realistischer ein, scheute sich jedoch, das auch klar zum Ausdruck zu bringen. Er rückte das Bundesverfassungsgericht in die Nähe eines Verfassungsorgans, zog aber letztlich nicht die notwendigen Konsequenzen, weil auch er sich nicht von der Vorstellung des dualistischen Verhältnisses von Recht und Politik zu trennen vermochte. Unabhängigkeit und Selbständigkeit bezogen sich nach seiner Auffassung allein auf die Rechtsprechungstätigkeit, nicht auf die Gerichtsverwaltung.

Angesichts dieser zwiespältigen Haltung von Bundestag und Bundesrat scheint die Feststellung gerechtfertigt, daß die Überzeugung des Parlamentarischen Rates, durch Errichtung des Bundesverfassungsgerichts zur Verwirklichung des Rechtsstaates beizutragen, einem Hoffen und Bangen des einfachen Gesetzgebers gewichen war. Nicht nur der Chancen, auch der Risiken einer Kompetenzverlagerung und damit Machtverschiebung auf das Bundesverfassungsgericht war man sich bewußt, was Adolf Arndt zu der Warnung veranlaßte, "daß auch dieses Gericht mit aller Sorgsamkeit sich davor hüten sollte, eine politische Führungsaufgabe übernehmen zu wollen, die ihm nicht zukommt".[62] In diesem Sinn ist auch die immer wiederkehrende Formel in den

---

59) Ausschuß für Rechtswesen und Verfassungsrecht, 1. WP, 53. Sitzung S. 72
60) Ebenda
61) Vergl. unten S. 49 f.
62) BT, 1. WP, 116. Sitzung S. 4415

Beratungen des Bundestages von einem echten Gericht zu verstehen, das zur Weisheit der Zurückhaltung und zur Vorsicht in der Entscheidung kommen müsse[63]: als Hoffnung, daß sich das Bundesverfassungsgericht im Gebrauch seiner Zuständigkeiten beschränkt, als Sorge, daß von eben diesen Zuständigkeiten in zu extensiver Weise Gebrauch gemacht werden könnte.

3. Das Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts

Kaum war das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1951 installiert, machte es zunächst Politik in eigener Sache. Anlaß dazu war die erwähnte Ressortierung beim Bundesministerium der Justiz mit allen daraus sich ergebenden Konsequenzen eines verwaltungsmäßig nicht unabhängigen Gerichts. In der "Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts"[64] leitete es sein Selbstverständnis nicht von dem ab, was die Politiker immer wieder beschwört hatten, daß es nämlich allein Gericht sei. Vielmehr schrieb es sich selbst einen Doppelcharakter zu: einerseits ein mit allen Garantien richterlicher Unabhängigkeit ausgestatteter Gerichtshof, andererseits als berufener Hüter der Verfassung ein mit höchster Autorität ausgestattetes Verfassungsorgan. Die Verfassungsorganqualität ergab sich nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts aus der Fülle der Kompetenzen sowie aus dem Umstand, daß es mit einer besonderen Art von Rechtsstreitigkeiten, nämlich den politischen Rechtsstreitigkeiten, befaßt sei. Darunter seien solche Rechtsstreitigkeiten zu verstehen, bei denen über politisches Recht gestritten werde, d.h. das Politische selbst anhand einer bestehenden Norm zum Gegenstand der richterlichen Beurteilung gemacht werde. Nicht zuletzt das Bundesverfassungsgerichtsgesetz selbst gehe davon aus, daß das Bundesverfassungsgericht ein Verfassungsorgan neben allen übrigen sei.

63) So etwa Abg. von Merkatz (DP), Ausschuß für Rechtswesen und Verfassungsrecht, 1. WP, 21. Sitzung S. 11.
64) Abgedruckt in JöR Band 6 S. 145 ff.

Daß das Bundesverfassungsgericht den Begriff Verfassungsorgan nicht im formellen Sinn, sondern vor allem im materiellen Sinn verstand, geht aus einer weiteren Stellungnahme im Zusammenhang mit der Denkschrift hervor.[65] Verfassungsorgan bedeute nicht nur, daß es durch die Verfassung konstituiert sei und sich seine Kompetenzen unmittelbar aus der Verfassung ergäben. Vielmehr sei allen Verfassungsorganen gemeinsam, daß sie entscheidend an der politischen Gesamtgestaltung des Staates teilhätten. Die Teilhabe an der politischen Gestaltung resultiere aus der weitgehenden Gewaltenkontrolle, die dem Bundesverfassungsgericht übertragen sei. Wenn es Kompetenzstreitigkeiten zwischen obersten Bundesorganen entscheide oder die Tätigkeit des Gesetzgebers kontrolliere und gegebenenfalls durch Aufhebung verfassungswidriger Normen korrigiere, sei das Partizipation an der Ausübung der obersten Staatsgewalt durch rechtsprechende Tätigkeit. Als Verfassungsorgan wirke das Bundesverfassungsgericht integrierend auf den Staat ein mit der Konsequenz, daß es die politischen Folgen und Wirkungen seiner Entscheidungen in seine Erwägungen einbeziehen müsse. Es werde damit in den verfassungsmäßigen Prozeß der staatlichen Willensbildung eingeschaltet und wirke durch seine Rechtsprechung im System der checks and balances gestaltend, bewahrend und regulierend auf das Verfassungsleben und machtverteilend und machtbegrenzend auf die anderen Verfassungsorgane ein. Hierdurch unterscheide es sich von den Gerichten im herkömmlichen Sinn: Es habe sich als Hüter der Verfassung nicht nur am Rechtswert, sondern zugleich auch am politischen Integrationswert zu orientieren.

Trotz dieser klaren Herausarbeitung des Doppelcharakters des Bundesverfassungsgerichts - zugleich Gericht und am staatlichen Willensbildungsprozeß beteiligt - wandte sich der maßgeblich am Zustandekommen der Denkschrift beteiligte damalige Verfassungsrichter Leibholz gegen die Bezeichnung des Hüters der Verfassung

65) "Bemerkungen des Bundesverfassungsgerichts zu dem Rechtsgutachten von Professor Richard Thoma", aaO S. 194 ff.

als eines politischen Organs.[66] Das ist verständlich, ging doch auch Leibholz von der Antithetik zwischen Recht und Politik aus.[67] Aber auch ohne diese Bezeichnung zu verwenden hatte das Bundesverfassungsgericht hinreichend deutlich gemacht, wie es seine Stellung im Verfassungssystem Westdeutschlands sah. An dieser Selbsteinschätzung vermochte auch der in späteren Entscheidungen entwickelte Grundsatz der Selbstbescheidung des Bundesverfassungsgerichts in politischen Fragen nichts zu ändern. Dieser Grundsatz des judicial self-restraint besagt, daß dem Gesetzgeber bei seinen Entscheidungen ein weites Ermessen zuzubilligen ist und das Bundesverfassungsgericht von Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten bei Überprüfung eines Gesetzes auf seine Verfassungsmäßigkeit abzusehen hat. Grundsätzlich sei davon auszugehen, daß der Gesetzgeber verfassungsgemäße Gesetze verabschiede.[68] Im Gegensatz zur vom Supreme Court in Amerika entwickelten Formel der political question doctrine[69] nimmt das Bundesverfassungsgericht damit für sich in Anspruch, jedes Gesetz, d.h. auch außenpolitische Vertragsgesetze, überprüfen zu können. Der Grundsatz des judicial self-restraint zielt also lediglich darauf ab, den von der Verfassung den anderen Verfassungsorganen garantierten Raum freier politischer Gestaltung offenzuhalten, bedeutet jedoch keine Abschwächung der Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts.

Mit der als Doppelcharakter bezeichneten Funktion des Bundesverfassungsgerichts vollzog es im Grunde nur den logischen Schritt, den der Parlamentarische Rat zwar nicht selbst getan, so doch mit der Zuständigkeitsfülle geradezu herausgefordert hatte, und den

---

66) "Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts zur 'Status-Frage'", aaO S. 125.

67) aaO S. 121 f. Diese Auffassung, nach der das Politische seinem Wesen nach etwas Dynamisch-Irrationales, das Recht hingegen etwas Statisch-Rationales sei, hat Leibholz bis heute in zahlreichen Veröffentlichungen vertreten; vergl. aus neuerer Zeit "Verfassungsstaat - Verfassungsrecht" S. 100.

68) BVerfGE 4 S. 168 ff. Vergl. dazu auch - im wesentlichen die Ausführungen der "Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts" zusammenfassend - Leibholz "Der Status des Bundesverfassungsgerichts" S. 76 ff.

69) Mit der political question doctrine hat sich ausführlich Scharpf "Grenzen der richterlichen Verantwortung" S. 9 ff befaßt.

der einfache Gesetzgeber durchaus gesehen hatte, aber letztlich nicht mehr hatte vermeiden können. In der Folge ist dieser Doppelcharakter dann auch allgemein anerkannt worden [70], das Bundesverfassungsgericht ist nunmehr nicht nur dem Gesetzeswortlaut nach, sondern auch in der Praxis ein selbständiges Verfassungsorgan, das seit 1953 einen eigenen Einzelplan im Bundeshaushalt aufweist.[71] Bevor das Bundesverfassungsgericht seine Tätigkeit richtig aufgenommen hatte, bewahrheitete sich mit dem gelungenen Versuch, seine Stellung gegenüber den anderen Verfassungsorganen in seinem Sinne zu klären, was Kelsen bereits ohne Beschönigung dargelegt und wovor Carl Schmitt gewarnt hatte: Verfassungsgerichtsbarkeit ist immer auch politische Einflußnahme, ist Politik.

4. Gericht und politisches Organ

Die Entscheidungsfindung des Bundesverfassungsgerichts erfolgt nach dem Verständnis seiner Richter nach "rational standards" [72]: anhand von Normen sowie mit Hilfe der allgemein anerkannten juristischen Auslegungsmethoden und Grundsätze. Insofern ist es zweifelsfrei ein echtes Gericht. Andererseits binden die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts die Organe des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden.[73] Die generelle Bindung einer Entscheidung nimmt normalerweise der Gesetzgeber für sich in Anspruch, d.h. ein politisches Organ. Zeigt diese Bindungspflicht aller Institutionen des Staates an die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bereits, daß es sich um mehr als nur ein Gericht handelt, kommt das noch klarer in der Tatsache zum Ausdruck, daß manche Entscheidungen Gesetzeskraft haben.[74] Wie die Maßnahmen des Gesetzgebers in

---

70) Das kam schon in dem von der Bundesregierung in Auftrag gegebenen "Rechtsgutachten betreffend die Stellung des Bundesverfassungsgerichts" von Thoma zum Ausdruck, JöR Band 6 S. 161 ff.
71) BGBl 1953 II S. 168; vergl. im übrigen Laufer aaO S. 312 ff.
72) JöR Band 6 S. 125
73) § 31 Abs. 1 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes
74) § 31 Abs. 2 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes

Form von Gesetzen im Bundesgesetzblatt veröffentlicht werden, so werden die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts z.B. im abstrakten und konkreten Normenkontrollverfahren, soweit sie ein Gesetz für verfassungswidrig erklären, im Tenor ebenso im Bundesgesetzblatt veröffentlicht, d.h. die Entscheidungsformel nimmt denselben Rang wie ein Gesetz ein. Damit wird das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Verfassung zum negativen Gesetzgeber; es setzt eindeutig politische Akte.[75] Es ist sowohl Gericht als auch politisches Organ.

Diese vom Bundesverfassungsgericht selbst postulierte, jedoch nicht so präzise bezeichnete Doppelfunktion ist nichts Erstaunliches, legt man die besondere Affinität zwischen Politik und Verfassungsrecht zugrunde. Wenn die Qualifikation des Bundesverfassungsgerichts als Gericht und politisches Organ gleichwohl bis heute im deutschen Sprachraum nur von wenigen klar ausgesprochen wird [76], so liegt das daran, daß noch immer zwischen Recht und Politik weithin ein Wesensgegensatz gesehen wird. Diese Sicht erlaubt es nicht, das Bundesverfassungsgericht als das zu bezeichnen, was es tatsächlich ist. Das Ausland ist in dieser Hinsicht sehr viel unbefangener. So fassen die westlichen Besatzungsmächte das Bundesverfassungsgericht seit Anbeginn "comme l'un des dépositaires du pouvoir gouvernemental suprême dans la République Fédérale"[77] auf. Und im Zusammenhang mit dem vergleichbaren Supreme Court wird von einer beachtlichen Zahl amerikanischer Politikwissenschaftler die Kennzeichnung seiner Tätigkeit als judicial making für unzureichend gehalten und demgegenüber festgestellt, daß es sich um policy making handele [78]; der Supreme Court sei wie z.B. Regierung und Legislative eine political agency.[79]

---

75) Ebenso Laufer "Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kontrolle" S. 227.

76) So etwa Doehring "Der 'pouvoir neutre' und das Grundgesetz" S. 216, Dolzer aaO S. 69 f., Leicht "Grundgesetz und politische Praxis" S. 91.

77) BK/O (52) 35 der Alliierten Kommandantur vom 20. Dezember 1952; abgedruckt in JöR Band 6 S. 220 f.

78) Shapiro-Hobbs "The Politics of Constitutional Law" S. 13, Schubert "The Constitutional Polity" S. 6, Kommers "Judicial Polities in Western Germany" S. 207 ff.

79) Shapiro "The Supreme Court and Administrative Agencies" S. 14. Der Unterschied der Bewertung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Amerika und Westdeutschland kommt nicht zuletzt darin zum Ausdruck, daß die Analyse der Funktion und Entscheidungen des Supreme Court in Amerika nicht nur durch Juristen erfolgt - wie das in Westdeutschland mit wenigen Ausnahmen hinsichtlich des Bundesverfassungsgerichts noch immer der Fall ist -, sondern vor allem auch durch Politikwissenschaftler. Nur am Rande sei vermerkt, daß

Die Doppelfunktion des Bundesverfassungsgerichts kommt in den Besonderheiten zum Ausdruck, die seine Teilhabe an der politischen Gestaltung beschränken bzw. überhaupt erst möglich machen. Zunächst ist es in seiner Handlungsmöglichkeit nicht autonom, sondern sein Tätigwerden hängt wie das eines jeden anderen Gerichts davon ab, ob es von dritter Seite angerufen wird. Darüber hinaus kann es nur zu den Fragen Stellung nehmen, zu deren Entscheidung es angerufen worden ist. Diese Kriterien unterscheiden das Bundesverfassungsgericht wesentlich von anderen politischen Organen wie Bundestag, Bundesrat oder Bundesregierung. So ist es dann auch verständlich, daß das Bundesverfassungsgericht selbst den Gedanken der suprema potestas von sich gewiesen hat.[80] Diese Kriterien machen aber gleichzeitig auch ein Weiteres deutlich: Weder ist das Bundesverfassungsgericht in der Lage, von sich aus langfristige politische Konzeptionen zu entwickeln und mit Bindungswirkung zu verkünden, noch kann es selbst initiativ werden und einmal getroffene Entscheidungen außer Kraft setzen. Es kann immer nur zu Ausschnitten der Gesamtpolitik des Staates Stellung nehmen, sei es etwa im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens auf Antrag eines dritten politischen Organs, sei es im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde durch eine Einzelperson.

Während diese Unterschiede externer Natur sind, gibt es darüber hinaus einen weiteren wesentlichen Unterschied, der mehr interner Natur ist. Wie in allen Gerichtszweigen gilt auch in der Verfassungsgerichtsbarkeit das Prinzip der Kontinuität der Rechtsprechung. Einmal getroffene Entscheidungen werden, wenn über diesselbe Frage ein weiteres Mal zu befinden ist, nach Möglichkeit aufrechterhalten, selbst wenn sich Umstände oder Voraussetzungen des zu beurteilenden Falles geändert haben mögen. Dieses Prinzip der ständigen Rechtsprechung wird mit dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit begründet. Die Bürger sollen

---

"Die zweite Republik" auch in zweiter Auflage keinen Beitrag über das Bundesverfassungsgericht enthält.

80) JöR Band 6 S. 199; so aber Geiger DÖV 1952 S. 482 und Marcic "Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat" S. 351.

sich, zumal es keine Lückenlosigkeit der Gesetze gibt, auf die allgemeine, fortdauernde Geltung der Rechtsprechung verlassen können.[81] Die Anwendung dieses Prinzips führt jedoch zu einem latenten Konflikt zwischen dem in ständiger Bewegung befindlichen Politischen und dem insoweit bewahrenden Charakter der Rechtsprechung.[82]

Das Bundesverfassungsgericht nimmt also am politischen Willensbildungs- und Gestaltungsprozeß - im Gegensatz zu anderen politischen Organen - in zweifach beschränkter Weise teil: Während andere politische Organe ihre Politik ohne weiteres ändern können, wenn die Verhältnisse das erforderlich machen, ist das Bundesverfassungsgericht darauf bedacht, auch bei geänderten Verhältnissen die einmal eingenommene Position zu wahren; und während jene unabhängig von Dritten tätig werden können, bedarf dieses immer des Anstoßes von außen. Diese aus der Doppelfunktion als Gericht und politisches Organ sich ergebende Beschränkung des Bundesverfassungsgerichts hat zur Folge, daß seine Entscheidungen weniger korrigierbar sind als solche des Parlaments, das sein Handeln und Planen jederzeit auf sich verändernde Situationen und Bedingungen einstellen kann. Zur Änderung einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bedarf es praktisch einer Änderung des Grundgesetzes.[83]

Allerdings hätten Kompetenzfülle und Selbstverständnis allein das Bundesverfassungsgericht nicht zu einem neben Legislative und Exekutive gleichrangigen politischen Organ werden lassen können. Alle potentielle Macht wäre Theorie geblieben, hätten nicht die Politiker durch ihre Neigung, im Kern politische Auseinandersetzungen verfassungsrechtlich auszutragen, selbst dazu beigetragen, die Richter des Bundesverfassungsgerichts zu mehr als nur zu "Politikern wider Willen"[84] zu machen.

---

81) Vergl. Hans-Peter Schneider "Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht" S. 39 f, Ermacora "Verfassungsrecht durch Richterspruch" S. 24 ff.
82) Leibholz Universitas 1963 S. 1284 f spricht in diesem Zusammenhang idealisierend vom Konflikt zwischen "Existentialität und Normativität", zwischen "Natur und sittlicher Vernunft".
83) Ebenso Wildenmann "Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts" S. 13.
84) Fritz Werner "Bemerkungen zur Funktion der Gerichte in der gewaltenteilenden Demokratie" S. 78.

Zwar nahm es z.B. zu deutschlandpolitischen Fragen auch aus Anlaß von Verfassungsbeschwerden Stellung, gleichwohl gilt aber gerade für diesen Bereich, daß die politische Auseinandersetzung auf die Ebene des Rechts gehoben wurde und wird. Diese Vorliebe deutscher Politiker hat Hans Schneider treffend charakterisiert: "Wenn in Amerika politische Gegensätze auszutragen sind, wird zuerst die Presse mobil gemacht. In England tritt eine Kommission zusammen. Nur in Deutschland wird sogleich nach Staatsanwalt und Richter gerufen."[85] Die Politiker haben es sich mithin selbst zuzuschreiben, wenn das Bundesverfassungsgericht schon kurz nach seiner Errichtung im Jahre 1951 in den politischen - und das heißt auch in den deutschlandpolitischen - Gestaltungsprozeß eingeschaltet wurde.

---

85) "Gerichtsfreie Hoheitsakte" S. 7

B. Grundlegung der Rechtsprechung - Spiegelbild der politischen Entwicklung

I. Vom Provisorium zum Definitivum

In der Zeit von der Kapitulation der deutschen Wehrmacht bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes wurde die Grundlage dessen gelegt, was seither unter dem Begriff "Die deutsche Frage" geläufig ist, was seitdem Gegenstand der Deutschlandpolitik ist. Das Deutsche Reich hatte zwar nach allgemeiner Auffassung nicht aufgehört zu existieren [1], östliche und westliche Besatzungszonen gingen jedoch mehr und mehr getrennte Wege und wurden selbständige Einheiten.[2] Was sich im Makrokosmos des fortbestehenden Deutschlands vollzog, geschah im Mikrokosmos Berlin in ebenso strikter Form, und darüber hinaus versuchte Frankreich, das Saargebiet in den französischen Staatsverband einzugliedern. Hinsichtlich der Gebiete jenseits von Oder und Neiße blieb es hingegen nicht nur bei dem Versuch; sie blieben - da sich die Siegermächte nicht einigen konnten - unter polnischer Verwaltung. Vier Jahre Besatzung hatten zu keiner Lösung der deutschen Frage geführt, sondern vielmehr nur die Voraussetzungen für deren Fortbestehen geschaffen.

Aus der Tatsache, daß die Zusammenführung der verschiedenen Teile Deutschlands an den gegensätzlichen Interessen der Besatzungsmächte scheiterte, wurden im Westen unterschiedliche Schlüsse gezogen. Der Wille der Besatzungsmächte, Deutschland nicht zu annektieren [3], schloß die Notwendigkeit ein, die zentrale deutsche Staatsgewalt, die von den Siegermächten seit der Kapitulation wahrgenommen wurde, den Deutschen

---

1) Dazu Stödter "Deutschlands Rechtslage" S. 91 ff. Anderer Ansicht waren Kelsen "The Legal Status of Germany" S. 519, Nawiasky "Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland" S. 8; auch Frankreich vertrat anfänglich diesen Standpunkt, vergl. Kosthorst/Teppe "Die Teilung Deutschlands und die Entstehung zweier deutscher Staaten" S. 33 f.

2) Schwarz "Die außenpolitischen Grundlagen des westdeutschen Staates" S. 27 ff.

3) Vergl. Potsdamer Abkommen Abschnitt III: "Es ist nicht die Absicht der Alliierten, das deutsche Volk zu vernichten oder zu versklaven ... Die endgültige Umgestaltung des deutschen politischen Lebens auf demokratischer Grundlage und eine eventuelle Mitarbeit Deutschlands am internationalen Lebe sind vorzubereiten." Vergl. "Dokumentation zur Deutschlandfrage" Band I S. 36 f.

in nicht zu weiter Ferne zurückzugeben. Die Westmächte schlugen daher, da eine Einigung mit der sowjetischen Besatzungsmacht über das zukünftige Deutschland nicht erreichbar war, den Ministerpräsidenten der deutschen Länder die Gründung eines westdeutschen Staates vor, um damit die Voraussetzung für die Ausübung der deutschen Staatsgewalt durch deutsche Stellen zu schaffen. Die Ministerpräsidenten hatten gegen die Übergabe der Staatsgewalt an deutsche Stellen grundsätzlich nichts einzuwenden, jedoch war diese Übergabe für sie untrennbar verbunden mit der Forderung nach Beendigung der Teilung des fortbestehenden Deutschen Reiches. Eine westdeutsche Staatsgründung kam für sie nicht in Betracht, da damit zwangsläufig der Untergang des Deutschen Reiches verbunden gewesen wäre. So führten die Übereinstimmung zwischen den Westmächten und den Ministerpräsidenten der deutschen Länder hinsichtlich der Übergabe der zentralen deutschen Staatsgewalt auf deutsche Stellen einerseits sowie die Uneinigkeit hinsichtlich der Staatsgründung andererseits zur Geburt des Provisoriums Westdeutschland.[4)]

"Parlamentarischer Rat" und "Grundgesetz" statt der gebräuchlichen Begriffe "Verfassungsgebende Versammlung" und "Verfassung" waren sprachlicher Ausdruck des vorläufigen Charakters dessen, was die Verfassungsväter schufen. Trotz des nicht zu übersehenden definitiven Charakters des Grundgesetzes, das alle Elemente einer endgültigen Verfassung enthält, sollte kein separater westdeutscher Staat geschaffen werden, sondern lediglich die Grundnorm für das Gefüge des organisatorischen Aufbaus, in dem das deutsche Staatswesen 1949 in Erscheinung zu treten vermochte.[5)] Folgerichtig war die Bezeichnung "Bundesrepublik Deutschland" dann auch nicht der Name für das Provisorium, für den Geltungsbereich des Grundgesetzes, sondern eine Ersetzung des Namens "Deutsches Reich". Durch das Grundgesetz sollte keine partikuläre Hoheitsgewalt im Westen Deutschlands geschaffen wer-

4) Dazu ausführlich Niclauß "Demokratiegründung in Westdeutschland" S. 122 ff.
5) Vergl. Parlamentarischer Rat, 6. Sitzung S. 71 f.

den, sondern gesamtdeutsche Hoheitsgewalt, und zwar die 1949 mögliche Hoheitsgewalt des fortbestehenden Deutschlands.[6] Der Parlamentarische Rat nahm für sich in Anspruch, aufgrund eines gesamtdeutschen Mandats zu handeln, beschränkte dieses Mandat jedoch aufgrund der tatsächlichen Herrschaftsverhältnisse auf die Organisation eines Teiles des fortbestehenden Deutschlands, nunmehr Bundesrepublik Deutschland geheißen.

Die Ungelöstheit der deutschen Frage führte somit dazu, daß nicht nur ein Widerspruch zwischen dem provisorischen Staat Westdeutschland und seinem definitiven Grundgesetz[7] bestand, sondern darüber hinaus wurde der Konflikt zwischen Westdeutschland und Ostdeutschland auch noch im Grundgesetz festgelegt: Zwar gilt das Grundgesetz nur für Westdeutschland, der Name Bundesrepublik Deutschland umfaßt jedoch nach dem Willen des Parlamentarischen Rates das gesamte Deutschland. Ein wahrhaft dialektischer Schluß: Aus der These des Nicht-Staates und der Antithese des Ganz-Staates erwuchs die Synthese des Provisoriums.

Um "seine nationale und staatliche Einheit zu wahren und als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen" [8], hatte der Parlamentarische Rat also dem staatlichen Leben in einem Teil Deutschlands für eine Übergangszeit eine neue Ordnung gegeben. Das Provisorium für die Übergangszeit sollte baldmöglichst dem Definitivum einer Neuorganisation des gesamten Deutschlands weichen. Im Gegensatz dazu stand die Vorstellung des Präsidenten des Parlamentarischen Rates und ersten Bundeskanzlers Adenauer. Zwar bejahte auch er das durch das Grundgesetz Geschaffene als ein Provisorium, die Zielrichtung war bei ihm jedoch eine andere; denn er ging von der Tatsache aus, daß Europa in Westeuropa und Osteuropa getrennt sei.[9] Ferner stand für ihn fest, daß der Drang

6) Ebenda
7) Nolte "Deutschland und der Kalte Krieg" S. 248
8) So die Präambel des Grundgesetzes.
9) "Erinnerungen 1945 - 1953" S. 39

der Sowjetunion nach Westen auch nach Ende des Zweiten Weltkrieges keinesfalls beeendet war. Es sei davon auszugehen, daß Rußland vorerst nicht gewillt sei, das ihm überlassene deutsche Gebiet wieder freizugeben, daß es darüber hinaus bestrebt sei, auch den anderen Teil Deutschlands seinem Machtbereich zu unterwerfen. Angesichts des für Adenauer nicht zu leugnenden Expansionsdranges Rußlands erschien ihm eine neutrale Haltung Deutschlands zwischen den beiden Mächtegruppen unrealistisch, da es sich damit lediglich der Gefahr aussetzen würde, zwischen den Machtblöcken zerrieben zu werden.[10)]

Aus seiner Einschätzung der Lage schloß Adenauer drei Konsequenzen. Erstens konnte das Provisorium Westdeutschland wegen der entgegenstehenden Interessen der Sowjetunion auf unabsehbare Zeit nicht in das Definitivum Gesamtdeutschland aufgehen, es sei denn, auch der westdeutsche Teil würde in den östlichen Herrschaftsbereich eingegliedert. Zweitens konnte Westdeutschland seine politische Freiheit und Sicherheit nur wiedererlangen, wenn es sich denjenigen Völkern und Ländern anschloß, die in ihrem Wesen die gleichen Ansichten über Staat, Person, Freiheit und Eigentum hatten, die auch der christlich-humanistischen Weltanschauung entsprachen. Drittens konnte der sowjetische Expansionsdrang - und damit der in zwei Weltkriegen sichtbar gewordene Niedergang Europas - nur aufgehalten werden, wenn der Sowjetunion ein ebenbürtiger Machtfaktor entgegengestellt würde; der Machtfaktor sollten die Vereinigten Staaten von Europa sein. Diese Sicht der Dinge macht es verständlich, daß Adenauer bereits 1945 davon sprach, "der nicht von Rußland besetzte Teil Deutschlands ist ein integrierender Teil Westeuropas"[11)].

Wenn der westliche Teil Deutschlands integrierender Teil Westeuropas und nur ein vereinigtes Westeuropa den sowjetischen Expansionsdrang aufzuhalten in der Lage war, mußte es im Inter-

10) aaO S. 96
11) aaO S. 40

esse aller westeuropäischen Staaten liegen, das "kranke" Westdeutschland so schnell wie möglich "politisch und wirtschaftlich zu beruhigen und wieder gesund zu machen" [12]; denn mit einem kranken Westdeutschland, noch dazu an der Nahtstelle der beiden Machtblöcke, war ein politisch starkes Westeuropa undenkbar. Alles Streben Adenauerscher Politik gegenüber den Westmächten konzentrierte sich dann auch darauf, das deutsche Volk zu einem gleichberechtigten Partner der Völker zu machen, deren Interessen den deutschen gleichgerichtet seien.[13] Das deutsche Volk war in Adenauers Vorstellung allerdings auf das westdeutsche Volk reduziert, das Provisorium sollte mithin nicht in Gesamtdeutschland, sondern in einem Zusammenschluß Westeuropas aufgehen.

Montan-Union, der Beitritt zum Europarat, die Europäische Verteidigungsgemeinschaft, nach ihrem Scheitern der Beitritt zur NATO und zur Westeuropäischen Union sowie die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft waren Schritte auf dem Weg nach Europa. Mit der Mitgliedschaft in diesen Organisationen war Westdeutschland internationaler Vertragspartner geworden. Das vereinigte Westeuropa Adenauers war damit allerdings nicht erreicht worden mit der Folge, daß das Provisorium nicht in einer Europäischen Union aufgegangen, sondern lediglich ein gleichberechtigter Partner in der internationalen Politik geworden war und damit ein staatliches Eigengewicht gewonnen hatte.

Dieses Eigengewicht kam nicht zuletzt darin zum Ausdruck, daß schon kurz nach der ersten Regierungserklärung Adenauers, in der er die Verwendung des Begriffs Bundesrepublik Deutschland noch vermied und stets nur von Deutschland sprach [14], Westdeutschland sowohl im allgemeinen Sprachgebrauch als auch in der Gesetzgebung mit Bundesrepublik Deutschland gleichgesetzt wurde. Die vor allem von Adolf Arndt immer wieder vorgetragene Warnung, angesichts der Zerreißung des deutschen Vaterlandes

12) Ebenda
13) aaO S. 245 f
14) BT, 1. WP, 5. Sitzung S. 22 ff; bereits in der 13. Sitzung S. 309 sprach Adenauer von der Bundesrepublik Deutschland, die sich verpflichtet fühle, "den Bewohnern der Sowjetzone und der Stadt Berlin zu helfen".

in Besatzungszonen werde man im Ost-West-Konflikt nicht bestehen können, ohne daß eine klare Rechtsvorstellung von Deutschland herrsche [15], vermochte nichts daran zu ändern, daß sich Adenauers schon 1945 gewonnene Erkenntnis mehr und mehr in der politischen Praxis umsetzte. In eben jenem Maße, in dem die Westbindung Westdeutschlands fortschritt, nahm das Verständnis des Begriffs Bundesrepublik Deutschland als Name für Gesamtdeutschland ab.

Der feinsinnige Unterschied des Parlamentarischen Rates zwischen westdeutschem Provisorium, das kein Staat ist, und der Bezeichnung Bundesrepublik Deutschland für den gesamtdeutschen Staat hatte somit keine lange Lebensdauer. Spätestens am 5. Mai 1955, als Westdeutschland die Souveränität von den Siegermächten zugesprochen wurde, wurde klar, daß durch die Verabschiedung des Grundgesetzes eben nicht nur eine Neuorganisation eines Teiles Gesamtdeutschlands erfolgt, sondern diese Neuorganisation selbst ein Staat war. Damit hatten die Westmächte mit etwas Verspätung doch erreicht, was die Ministerpräsidenten der deutschen Länder noch erfolgreich zurückgewiesen glaubten: Was 1949 als Provisorium für eine Übergangszeit ins Leben gerufen worden war, war sechs Jahre später zum Definitivum geworden.

Die normative Kraft des Faktischen, die die Entwicklung in den ersten Jahren nach Verabschiedung des Grundgesetzes bestimmte, mußte allerdings in Übereinstimmung gebracht werden mit der These, daß Gesamtdeutschland nicht untergegangen war. Der im Grundgesetz niedergelegte Konflikt zwischen Provisorium und Definitivum bedurfte einer Klärung, wollte man nicht von der Behauptung des fortbestehenden Gesamtdeutschlands abrücken. Damit war die Frage des Verhältnisses des westdeutschen Teils zum ostdeutschen Teil sowie zu Deutschland als Ganzem aufgeworfen. Was war die Bundesrepublik Deutschland nun wirklich: der westdeutsche Staat, den Adenauer zum gleichberechtigten

15) Vergl. etwa BT, 1. WP, 133. Sitzung S. 5132.

Partner der westeuropäischen Staaten gemacht hatte, oder Gesamtdeutschland, wie es die Intention des Parlamentarischen Rates war, oder etwa beides zugleich? Weiter: Verstieß die später so genannte "Staatsräson der Bundesrepublik"[16] nicht gegen das vornehmste Ziel deutscher Politik, gegen das Streben nach Wiedervereinigung? Und schließlich: Welche Stellung nahm Berlin im gesamtdeutschen Gefüge ein? Fragen, die in den ersten Jahren nach Verabschiedung des Grundgesetzes immer wieder zu deutschlandpolitischen Auseinandersetzungen führten und auch vor dem Bundesverfassungsgericht eine Rolle spielten.

II. Die Nichtentscheidung im Kampf um den Wehrbeitrag

In der dritten Lesung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht hatte Adolf Arndt das Bundesverfassungsgericht als die Krönung der Rechtssicherheit bezeichnet, allerdings hinzugefügt, "daß auch dieses Gericht mit aller Sorgsamkeit sich davor hüten sollte, eine politische Führungsaufgabe übernehmen zu wollen, die ihm nicht zukommt" [17]. Ein Jahr später - das Bundesverfassungsgericht war noch nicht fünf Monate alt - war es eben dieser Kronjurist der SPD, der maßgeblich daran beteiligt war, dem Gericht die politische Führungsaufgabe beim Streit um die Europäische Verteidigungsgemeinschaft zu übertragen. Im Verein mit einigen Abgeordneten der Föderalistischen Union sowie eines bei der FDP hospitierenden Abgeordneten begehrte die oppositionelle SPD am 31. Januar 1952 im Wege der abstrakten Normenkontrolle die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, "daß das Bundesrecht, welches die Beteiligung Deutscher an einer bewaffneten Streitmacht regelt oder Deutsche zu einem Wehrdienst verpflichtet, ohne vorangegangene Ergänzung und Abänderung des Grundgesetzes weder förmlich noch sachlich mit dem Grundgesetz vereinbar ist" [18]. Damit war der Grundstein für eine Verfassungskrise gelegt, die bis zur Wahl des 2. Deut-

16) Besson "Die Außenpolitik der Bundesrepublik" S. 415 ff
17) Vergl. S. 26.
18) "Der Kampf um den Wehrbeitrag" I S. 4

schen Bundestages währen sollte.

Diese Verfassungskrise ist von Baring[19] und Laufer[20] ausführlich dargestellt worden. Zumal es trotz zweier Klagen sowie zweier Anträge auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung der Opposition, einer Klage der Regierungsparteien sowie des Ersuchens des Bundespräsidenten um ein Gutachten nicht zu einer Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht in der Sache gekommen ist, soll daher hier nur kurz der Gang der Dinge geschildert werden. Dabei wird sich zeigen, daß der Streit um die Wiederbewaffnung vom Bundesverfassungsgericht eine Antwort auf jene Fragen verlangt hätte, die später in vielen Einzelentscheidungen verbindlich geklärt wurden.

Die SPD-Bundestagsfraktion hatte sich bereits gegen die Mitgliedschaft Westdeutschlands im Europarat sowie in der Montan-Union ausgesprochen.[21] Ausschlaggebend für diese Haltung war nicht etwa die Ablehnung der westeuropäischen Kooperation, sondern die nach ihrer Ansicht fortbestehende Diskriminierung des deutschen Volkes, die sich vor allem im Besatzungsstatut dokumentierte. Europarat und Montan-Union waren in den Augen der Opposition keine geeigneten Mittel zur Erreichung des angestrebten Zieles der europäischen Zusammenarbeit, da Gleichberechtigung, Vertrauen und gegenseitige Achtung aller Partner nicht gewährleistet seien. Hinzu trat in beiden Fällen das ungelöste Problem der Saar-Frage. Nach Ansicht Schumachers mußte der Beitritt Westdeutschlands zum Europarat notwendigerweise Rückwirkungen auf die Frage der Oder-Neiße-Linie haben, da er unter gleichzeitigem Beitritt des Saarlandes als ebenfalls assoziiertes Mitglied erfolgen sollte.[22] Und was die Montan-Union betraf, so

19) "Außenpolitik in Adenauers Kanzlerdemokratie" Band 2 S. 110 ff
20) "Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß" S. 379 ff
21) Vergl. z.B. zum Europarat Schumachers Ausführungen BT, 1. WP, 68. Sitzung S. 2470 ff, zur Montan-Union Ollenhauers Ausführungen BT, 1. WP, 184. Sitzung S. 7796 ff. Die Debatte um den Beitritt Westdeutschlands zum Europarat auf dem Parteitag der SPD 1950 in Hamburg verzeichnete allerdings einige prominente Gegenstimmen, z.B. die Max Brauers und Willy Brandts; "Protokoll der Verhandlungen" S. 100 ff.
22) aaO S. 2472

brachte Herbert Wehner die Bedenken der Opposition mit der Frage zum Ausdruck, ob "die Bindung an einen für 50 Jahre gültigen Vertrag, mit kaum wirksam werden könnenden Revisionsmöglichkeiten, noch mit der Ordnung des staatlichen Zusammenlebens für eine Übergangszeit zu vereinbaren"[23] sei.

Trotz dieser vorgebrachten Bedenken gegen die ersten beiden europäischen Schritte Westdeutschlands, die eindeutig auf die Problematik Gesamtdeutschlands zielten, wurde der Streit zwischen Regierung und Opposition noch nicht vor das Bundesverfassungsgericht getragen. Hinsichtlich des Beitritts zum Europarat war eine Klage zunächst gar nicht möglich, da er 1950 erfolgte, das Bundesverfassungsgericht jedoch erst im September 1951 errichtet wurde. Aber an diesem Umstand kann die Zurückhaltung der Opposition nicht gelegen haben; denn der Streit um das Petersberger Abkommen, das bereits Ende 1949 unterzeichnet wurde und ein erster Schritt zum Abbau des Besatzungsstatuts war, wurde gleichwohl vor das Bundesverfassungsgericht getragen. Der Grund, weshalb die Opposition sowohl beim Europarat als auch bei der Montan-Union nicht vor das Bundesverfassungsgericht gegangen ist, muß daher in anderem liegen. Ganz offensichtlich waren die Überlegungen in der Opposition bis zu Beginn des Jahres 1952 noch nicht so weit fortgeschritten, in Maßnahmen, die die Wiedervereinigung Deutschlands erschweren bzw. unmöglich machen könnten, einen Grundgesetzverstoß zu sehen.

Das Verfahren im Zusammenhang mit dem Petersberger Abkommen[24] zeigt vielmehr, daß im Vordergrund zunächst allein die Wahrung der Rechte des Parlaments stand, d.h. die Opposition versuchte mit formalen Mitteln, die Westorientierung Adenauers zu durchkreuzen. Das Petersberger Abkommen wurde für verfassungswidrig gehalten, weil das Parlament nicht zugestimmt hatte, weil Rechte eines Verfassungsorgans, die des Bundestages, miß-

23) BT, 1. WP, 183. Sitzung S. 7763
24) BVerfGE 1 S. 351 ff

achtet worden sein sollten, nicht jedoch deshalb, weil es eventuell gegen Gebote oder Verbote des Grundgesetzes verstieß, die Deutschland als Ganzes betreffen.[25] Da der Beitritt zum Europarat wie auch zur Montan-Union jedoch vom Parlament beschlossen wurden, und zwar mit der dafür ausreichenden einfachen Mehrheit, waren die Rechte des Bundestages gewahrt, eine Klagemöglichkeit schien daher nicht gegeben zu sein. Noch bewegte sich die Wiedervereinigungspolitik der SPD auf der parlamentarisch-politischen Ebene.

Daß sich die deutsche Frage erst im Laufe des Jahres 1952 zum verfassungsrechtlichen Hauptargument der Opposition gegen die Westorientierung Adenauers entwickelte, bestätigt der Streit um die Europäische Verteidigungsgemeinschaft. Die Amerikaner hatten kurz nach Kriegsende deutlich werden lassen, daß über kurz oder lang deutsche Truppeneinheiten aufgestellt werden müßten, um das strategisch wichtige Westdeutschland gegenüber dem Osten sichern zu können.[26] Diese Überlegung paßte durchaus in das Konzept Adenauers, für den Waffenlosigkeit und Neutralität Deutschlands ein und dasselbe waren. Während er in der EVG einen weiteren wichtigen Schritt auf dem Wege zur Überwindung der Nationalstaaten und zur Sicherung Westdeutschlands gegenüber dem Osten sah, nahm die SPD-Bundestagsfraktion auch in dieser Frage wieder eine grundsätzliche Position ein: Prinzipiell sei nichts gegen demokratische Streitkräfte in Deutschland einzuwenden, angesichts der Ungelöstheit der deutschen Frage müßten sie zum gegenwärtigen Zeitpunkt jedoch abgelehnt werden.[27] Anders als beim Beitritt zum Europarat und zur Montan-Union bot sich hier jedoch die Möglichkeit, die politische Auseinandersetzung vor dem Bundesverfassungsgericht fortzusetzen; denn über die Aufstellung einer Armee sagte das Grundgesetz nichts, so daß sich die Frage stellte, ob die Wiederbewaffnung

25) Was sicherlich nicht völlig abwegig war, da bereits dieses Abkommen die Einbindung Westdeutschlands in Westeuropa vorsah, d.h. bereits Ende 1949 stellte sich die Frage des Verhältnisses von Westdeutschland zu Deutschland als Ganzem.

26) Vergl. dazu "Aspekte der deutschen Wiederbewaffnung bis 1955" S. 119 ff.

27) In diesem Sinn etwa Schumacher BT, 1. WP, 98. Sitzung S. 3567 ff.

einer Verfassungsänderung bzw. -ergänzung und damit die EVG-Verträge der dafür vorgesehenen Zweidrittelmehrheit[28] bedurften, die die Regierungsparteien nicht hatten. Die Opposition machte sich diese Auffassung zu eigen und begründete ihre Klage entsprechend formal.[29] Wieder einmal ging es zunächst - zumindest vordergründig - nur um die Wahrung der Rechte des Bundestages.

Erst im Juni 1952, also über vier Monate später, wurde die Frage der Vereinbarkeit der Verträge mit dem Grundgesetz in materieller Hinsicht aufgeworfen, und zwar durch die niedersächsische Landesregierung. In ihrer Stellungnahme zur Feststellungsklage der SPD erinnerte sie darin, daß Westdeutschland kein Vollstaat, sondern lediglich ein Staatsfragment sei. Wehrhoheit und Einordnung in ein internationales militärisches System würden das Staatsfragment Westdeutschland nicht nur zu einem Vollstaat machen, sondern darüber hinaus in der Ostzonenrepublik die gleiche Wirkung erzeugen mit dem Ergebnis der völligen rechtlichen Sprengung der Einheit Deutschlands, von der das Grundgesetz jedoch ausgehe.[30] Adolf Arndt und der Abgeordnete Reismann als Vertreter der klagenden Opposition konkretisierten einen Monat später diesen noch recht allgemeinen Hinweis der niedersächsischen Landesregierung mit Bezug auf Art. 7 Abs. 2 des Vertrages über die Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland und den Drei Mächten [31] Da unter der Bildung einer integrierten europäischen Gemeinschaft nach Abs. 7 des Vorspruchs zu diesem Vertrage insbesondere die Gründung der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft als ein wesentlicher Schritt dazu zu verstehen sei, solle sich Westdeutschland also verpflichten, die Wiedervereinigung nur durch seine Integration in die Europäische Gemeinschaft zu verwirklichen, Deutschland mithin einzig und allein mit der Maßgabe wiederzuvereinigen,

---

28) Art. 79 Abs. 2 des Grundgesetzes
29) "Der Kampf um den Wehrbeitrag" I S. 13
30) aaO S. 110 f
31) "Bis zum Abschluß der friedensvertraglichen Regelung werden die Bundesrepublik und die Drei Mächte zusammenwirken, um mit friedlichen Mitteln ihr gemeinsames Ziel zu verwirklichen: Ein wiedervereinigtes Deutschland, das eine freiheitlich-demokratische Verfassung ähnlich wie die Bundesrepublik besitzt und das in die europäische Gemeinschaft integriert ist."

daß es sich an der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft beteilige. Eine solche einseitige Bindung verletze die verfassungsrechtliche Verpflichtung, ohne jede Einschränkung auf die deutsche Einheit in Freiheit hinzuwirken, wie es im Vorspruch des Grundgesetzes festgelegt sei.[32)]

Damit war die politische Argumentation der Opposition auf die verfassungsrechtliche Ebene übertragen worden. In den Verfahren im Zusammenhang mit der Wiederbewaffnung vor dem Bundesverfassungsgericht ging es dann fortan auch nicht mehr so sehr um das mehr formale Problem, ob der Bundestag befugt sei, mit einfacher Mehrheit die Verträge zu verabschieden und damit die Wehrhoheit zu begründen, sondern um die Vereinbarkeit der Mitgliedschaft Westdeutschlands in der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft mit der von der Opposition in die Diskussion gebrachte Verfassungspflicht zur Wiedervereinigung. Der Streit um die Wiederbewaffnung war damit nicht mehr nur auf der parlamentarischen, sondern auch auf der verfassungsgerichtlichen Ebene ein Streit um die Wiedervereinigung.

Damit war aber auch das Bundesverfassungsgericht, das gerade dabei war, seinem Selbstverständnis gegenüber den Verfassungsorganen Geltung zu verschaffen, einer großen Belastungsprobe ausgesetzt. Zwar nahm es für sich in Anspruch, an der politischen Willensbildung teilzunehmen, aber eine für die Zukunft Deutschlands so weitreichende Frage zu entscheiden war dann doch nicht in seinem Sinn. So ist es begreiflich, daß Leibholz seinen Richterkollegen vorschlug, unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Supreme Court der Vereinigten Staaten die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der Wiederbewaffnung abzulehnen, weil es sich um eine political question handele.[33)] Eine so begründete Enthaltsamkeit des Bundesverfassungsgerichts hätte es zwar auf die einfachste Weise von der Bürde der politischen Verantwortung befreit,

32) aaO S. 244 f
33) Baring aaO S. 137

hätte andererseits aber wiederum seinem Selbstverständnis widersprochen, ohne Einschränkung Hüter der Verfassung zu sein. Die Idee Leibholz' wurde daher verworfen; vielleicht nicht zuletzt deshalb, weil die Entwicklung eine überraschende Wende genommen hatte.

Noch während die Feststellungsklage der Opposition anhängig war und die Beteiligten eine Vielzahl von Gutachten zur Unterstützung ihrer Auffassung in das Verfahren einbrachten, ersuchte nämlich Bundespräsident Heuss das Bundesverfassungsgericht um Erstattung eines Rechtsgutachtens über die Verfassungsmäßigkeit der EVG-Verträge.[34] Ob sich Heuss angesichts der unverändert harten Auseinandersetzung um die Verträge selbst zu diesem Schritt entschloß oder von Adenauer dazu bewogen wurde, läßt sich wohl nicht mehr mit Sicherheit feststellen.[35] Zweifelsfrei ist jedoch, daß Adenauer eine für ihn negative Entscheidung des Ersten - wegen der angeblich mehrheitlich mit der SPD sympathisierenden Richter allgemein als "rot" bezeichneten[36] - Senats befürchtete und daher ein Interesse daran hatte, das Bundesverfassungsgericht in seiner Gesamtheit entscheiden zu lassen.[37] Das Bundesverfassungsgericht selbst war über diese Wendung der Dinge nicht unglücklich, wie es später selbst zum Ausdruck brachte. Es sei zu begrüßen, daß die Verantwortung nunmehr dem Plenum übertragen werde, da es sich bei den zur Prüfung anstehenden Vertragsgesetzen um sehr schwierige verfassungsrechtliche Fragen handele und ihre Beantwortung schwerwiegende Folgen habe.[38] Dem logischen Vorschlag des Bundesverfassungsgerichts, das Normenkontrollverfahren bis zur Beendigung des Gutachten-Verfahrens auszusetzen, widersetzte sich jedoch die Opposition, die ebenso wie Adenauer von einer für sie günstigen Entscheidung des Ersten Senats ausging und in dem Gutachten-Verfahren

---

34) "Der Kampf um den Wehrbeitrag" II S. 2
35) Vergl. dazu Tönnies "Der Weg zu den Waffen" S. 188 sowie Sternberger "Erprobung der Staatsorgane" S. 352 ff.
36) Im Gegensatz zum Zweiten - "schwarzen" - Senat; vergl. zum Ursprung dieser Bezeichnung die Ausführungen des damaligen Bundesministers der Justiz Dehler BT, 1. WP, 252. Sitzung S. 12102.
37) Baring aaO S. 114
38) "Der Kampf um den Wehrbeitrag" II S. 822

nur einen taktischen Zug Adenauers sah.[39]

Spätestens an diesem Punkt der verfassungsrechtlichen Auseinandersetzung war allen Beteiligten klar, daß es weniger um Rechtsfragen als vielmehr um hochpolitische Entscheidungen ging. Das Bundesverfassungsgericht zog daraus den einzig möglichen Schluß. Um in dieser Auseinandersetzung mit der - noch keineswegs gefestigten - Autorität des gesamten Gerichts entscheiden zu können, d.h. mit einer Stimme, lehnte es die Klage der Opposition, ohne überhaupt auf die Verfassungsmäßigkeit der Verträge einzugehen, als unzulässig ab. Mit der lapidaren Begründung, daß Gegenstand einer Normenkontrolle nur geltendes Recht sein könne, zum Zeitpunkt der Einreichung der Klage der Opposition die gesetzgebenden Körperschaften ihre Beratungen aber noch nicht abgeschlossen hätten [40], machte es sich selbst den Weg frei, ohne irgendwelche Bindungen durch ein vorangegangenes Urteil an die Erstellung des Gutachtens gehen zu können. Mit ähnlicher Argumentation wurde im übrigen auch der Antrag der Opposition vom 12. Mai 1952 abgelehnt, dem Bundeskanzler durch einstweilige Anordnung aufzugeben, die Ratifikationsurkunden im Zusammenhang mit den EVG-Vertragsgesetzen nicht zu hinterlegen, bevor das Bundesverfassungsgericht entschieden habe.[41]

Nachdem das Bundesverfassungsgericht die vorbeugende Feststellungsklage der Opposition am 30. Juli 1952 als unzulässig abgewiesen hatte, nahm das Gutachten-Verfahren seinen Gang mit Schriftsätzen, Gutachten und Gegengutachten. Adenauer, zunächst grundsätzlich mit dem Gutachten-Verfahren einverstanden, dauerte das alles viel zu lange. Nach seiner Auffassung sollte Westdeutschland möglichst als erstes der vorgesehenen Mitgliedsländer die Vertragsgesetze unterzeichnen, um den anderen Staaten mit gutem, d.h. nachahmenswertem Beispiel voranzugehen. Zumal in Frankreich große Reserven gegenüber der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft bestanden,

39) aaO S. 232 ff
40) "Der Kampf um den Wehrbeitrag" I S. 445 f
41) "Der Kampf um den Wehrbeitrag" II S. X f

müsse alles getan werden, die Verträge in den anderen Ländern so schnell und reibungslos wie möglich zu verabschieden.[42] Das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht war diesem Vorhaben Adenauers in keiner Weise förderlich.

Neben der zeitlichen Verzögerung ist schließlich ein anderer Aspekt von Bedeutung, der Adenauer zum Umdenken bewog. Über den Ausgang des Gutachten-Verfahrens wurden in der Öffentlichkeit wie bei den Politikern selbstverständlich Mutmaßungen angestellt. Diese Spekulationen sagten zum Jahresende 1952 ein für die Regierungsparteien negatives Ergebnis voraus.[43] Um das zu verhindern, versuchte Adenauer nach Abschluß der zweiten Lesung der Vertragsgesetze, das ursprünglich von ihm gutgeheißene Gutachten-Verfahren durch eine Feststellungsklage der Regierungsparteien CDU/CSU, FDP und DP zu unterlaufen. Mit einer Organklage - für die der sogennante schwarze Senat zuständig war - begehrten die Regierungsparteien am 6. Dezember 1952 vom Bundesverfassungsgericht festzustellen, daß die Opposition gegen das Grundgesetz verstoße, wenn sie der Mehrheit des Deutschen Bundestages das Recht bestreite, die Vertragsgesetze mit einfacher Mehrheit zu verabschieden.[44] Nach Ansicht Adenauers hätte diese durch die Regierungsparteien eingeleitete Verfassungsklage den Vorrang vor dem laufenden Gutachten-Verfahren haben müssen.[45]

Mehr und mehr wurde die unterschiedliche Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts deutlich: Während es sich selbst als Subjekt der politischen Willensbildung verstand, sahen es die politischen Parteien vornehmlich als Machtinstrument. So sind denn auch die taktischen Finessen der Parteien wie der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu verstehen, den dieses drei Tage nach Klageerhebung durch die Regierungsparteien verkündete: Dieses und alle weiteren möglichen Gutachten würden beide Senate des Gerichts binden; damit werde ausgeschlossen, daß bereits anhängige oder künftige Klagen, die denselben Gegenstand beträfen, von einem der beiden Senate

42) "Erinnerungen 1953 - 1955 " S. 173 f
43) Vergl. die Schilderung Adenauers aaO S. 179 f.
44) "Der Kampf um den Wehrbeitrag" III S. 5
45) aaO S. 182

materiell anders entschieden würden.[46] Mit anderen Worten: Erst sollte das Gutachten-Verfahren zu Ende geführt werden, dann würde über die Klage der Regierungsparteien entschieden. Angesichts der im Zusammenhang mit dem Streit um die EVG gegen das Gericht ausgestreuten Verdächtigungen und Beschimpfungen war diese Entscheidung der einzig mögliche Weg, die Autorität des Bundesverfassungsgerichts zu wahren. Entsprechend seinem Selbstverständnis war es nicht bereit, sich die ihm einmal zugewiesene Kompetenz durch Verfahrensmanipulationen wieder nehmen zu lassen.

Daß sich das Bundesverfassungsgericht nicht zum willfährigen Objekt der Regierungsparteien machen ließ, empörte insbesondere den damaligen Justizminister Dehler.[47] Adenauer dagegen beließ es nicht bei Empörung, sondern reagierte prompt. Noch am gleichen Tage suchte er Bundespräsident Heuss auf, um ihn zur Rücknahme seines Ersuchens um ein Gutachten zu bewegen[48], was auch unverzüglich geschah. Dabei schloß sich Heuss der Auffassung Adenauers an, daß ein Gutachten keine Bindungswirkung haben könne.[49] Die Verfassungskrise hatte damit ihren Höhepunkt erreicht. Es war zu offensichtlich, daß das Bundesverfassungsgericht nicht zur Klärung von Rechtsfragen, sondern zur Durchsetzung der jeweiligen politischen Ziele mißbraucht werden sollte. Vor dem Hintergrund dieser Tendenz der politischen Kräfte ist es nicht erstaunlich, daß die Feststellungsklage der Regierungsparteien das gleiche Schicksal wie die der Opposition erlitt. Sie wurde am 7. März 1953 als unzulässig abgewiesen, weil sie im Grunde die Vereinbarkeit der Vertragsgesetze mit dem Grundgesetz festgestellt wissen wolle, diese Vertragsgesetze aber noch nicht vom Bundestag verabschiedet worden seien, somit nicht Gegenstand einer Klage sein könnten. Im übrigen

---

46) "Der Kampf um den Wehrbeitrag" II S. 804

47) Dehler tat sich in besonderer Weise bei der negativen Qualifizierung des Bundesverfassungsgerichts hervor. "Der sozialistische Geist in Karlsruhe" ist nur einer der Vorwürfe, die er nicht müde wurde, dem Gericht zu machen; vergl. dazu die heftige Auseinandersetzung zwischen dem Abg. Gülich (SPD) und Dehler BT, 1. WP, 252. Sitzung S. 12096 ff sowie den "Spiegel" vom 17. Dezember 1952 S. 8 f und vom 24. Dezember 1952 S. 5.

48) "Erinnerungen 1953 - 1955" S. 183

49) "Der Kampf um den Wehrbeitrag" II S. 811

gebe es weder eine rechtliche Befugnis der Parlamentsmehrheit, ihre Rechtsansicht im Parlament durchzusetzen, noch gebe es eine Verpflichtung der Minderheit, sich der Rechtsauffassung der Mehrheit zu fügen; eine Unterwerfungspflicht bestehe für jedermann erst gegenüber einer verkündeten Rechtsnorm.[50]

Am 19. März 1953 verabschiedete der Bundestag die Vertragsgesetze schließlich in dritter Lesung mit einfacher Mehrheit. Da die Zustimmungsbedürftigkeit des Bundesrates unklar war [51], schritt die Opposition erneut zur Tat. Zunächst wurde am 26. März 1953 der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung gestellt, der Bundesregierung zu untersagen, die Ratifikationsurkunden zu unterzeichnen.[52] Nachdem die Bundesregierung zugesichert hatte, diese erst zu hinterlegen, wenn alle Vertragspartner das gleiche getan hätten - wovon angesichts der parlamentarischen Behandlung in Frankreich keineswegs mit Sicherheit ausgegangen werden konnte, zumindest nicht in naher Zukunft -, zog die Opposition ihren Antrag am 31. März 1953 wieder zurück [53], um am 11. Mai 1953 ein zweites Normenkontrollverfahren in Gang zu setzen. Erneut wurde beantragt festzustellen, daß die Vertragsgesetze im Zusammenhang mit der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft mit dem Grundgesetz nicht vereinbar seien.[54] Das Bundesverfassungsgericht ließ sich jedoch angesichts der bevorstehenden Bundestagswahl im September desselben Jahres Zeit und begnügte sich mit der Sammlung von Material, ließ sich davon auch nicht durch die mahnenden Worte Adolf Arndts abbringen, den seit eineinhalb Jahren schwelenden Streit einer raschen Entscheidung zuzuführen.[55]

Die Entscheidung über das Schicksal der EVG wurde durch das Zuwarten des Bundesverfassungsgerichts dorthin zurückverlagert, wo sie von Anfang an hätte bleiben müssen: in das Parlament.

---

50) "Der Kampf um den Wehrbeitrag" III S. 143
51) Dazu Neunreither "Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung" S. 152 ff
52) "Der Kampf um den Wehrbeitrag" III S. 151
53) aaO S. 164 f
54) aaO S. 166
55) aaO S. 229

Die Regierungsparteien erhielten nämlich bei der Wahl zum 2. Deutschen Bundestag am 6. September 1953 eine Zweidrittelmehrheit und waren nunmehr in der Lage, das Grundgesetz derart zu ändern, daß das formale Argument der Opposition, Westdeutschland sei zur Aufstellung einer Wehrmacht qua Verfassung nicht befugt, hinfällig wurde. Nachdem diese Grundgesetzänderung am 29. März 1954 in Kraft getreten war [56], fertigte Bundespräsident Heuss die Vertragsgesetze aus, so daß sie im Bundesgesetzblatt verkündet werden konnten.[57] Gleichwohl beharrte die Opposition auf ihrer Feststellungsklage, nicht zuletzt mit dem wiederholten Hinweis darauf, daß deutsche Verfassungsorgane nicht darauf verzichten dürften, die staatliche Einheit Deutschlands zu wahren und in Frieden zu vollenden, was durch den Beitritt Westdeutschlands zur EVG unmöglich gemacht werde.[58] Bevor es jedoch zur ersten mündlichen Verhandlung in dieser Sache kam, lehnte die französische Nationalversammlung das EVG-Vertragswerk und damit die Aufstellung einer Europa-Armee am 30. August 1954 ab.[59] Damit war die Grundlage der Klage der Opposition hinfällig geworden mit der Folge, daß das Verfahren - bis heute ohne offiziellen Abschluß - als gegenstandslos angesehen wurde.

Zweieinhalb Jahre Kampf um den Wehrbeitrag auf gerichtlicher Ebene ohne Entscheidung in der Sache erlauben die Feststellung, daß dem Bundesverfassungsgericht ein taktisches Geschick nicht abzusprechen war. Die Schwere der Entscheidung wollte es nur in seiner Gesamtheit auf sich nehmen. Als das aufgrund der Rücknahme des Gutachtenersuchens durch den Bundespräsidenten nicht mehr möglich war, taktierte es erfolgreich, um eine für das künftige Schicksal Deutschlands weittragende Entscheidung nur durch einen Senat zu umgehen.[60] Adenauers Politik der Stärke war somit vorerst durch das Ge-

---

56) BGBl 1954 I S. 45
57) BGBl 1954 II S. 59 ff
58) Adolf Arndt stellte bereits am 13. Januar 1954 fest: "Politische Ereignisse oder auch eine nachträgliche Änderung des Grundgesetzes können den Fortgang des Verfahrens und seine Entscheidungsreife nicht beeinflussen." Vergl. "Der Kampf um den Wehrbeitrag" III S. 432.
59) Vergl. Noack "Das Scheitern der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft" S. 79 ff.
60) Laufer aaO S. 414 sowie Loewenstein "Verfassungslehre" S. 263 kommen zu einer ähnlichen Bewertung des Verhaltens des Bundesverfassungsgerichtes.

richt weder bestätigt noch für unzulässig erklärt worden, was auch für die Wiedervereinigungspolitik der SPD, die auf Verhandlungen aller vier Mächte unter Einschluß der Deutschen zielte, galt.

Gleichwohl war das langwierige ergebnislose Verfahren - so paradox das klingen mag - nicht ohne Ergebnis; denn in den Schriftsätzen und Gutachten wurde ausführlich zur Problematik des geteilten Deutschlands Stellung genommen. Die entscheidende Frage lautete eben, was Westdeutschland war, wenn es in die Europäische Verteidigungsgemeinschaft integriert würde: Ganz-Staat, Halb-Staat oder Nicht-Staat? Mit dieser Frage hing das Ziel aller politischen Kräfte Westdeutschlands eng zusammen, das geteilte Deutschland wiederzuvereinigen: War eine Wiedervereinigung möglich, wenn sich ein Teil des wiederzuvereinigenden Deutschlands unabänderlich nach Westen orientierte?

Welche Bedeutung das Bundesverfassungsgericht diesen Fragen beimaß, machte die Stoffgliederung deutlich, die für das Gutachten-Verfahren vorgesehen war. Von acht angesprochenen Problemkreisen befaßten sich zwei speziell mit der Deutschlandpolitik. Sie waren überschrieben mit "Staatsqualität der Bundesrepublik" und "Wiedervereinigung Deutschlands", wobei es bezüglich der Staatsqualität um die Klärung folgender Fragen gehen sollte: Identität mit dem Deutschen Reich, Staatsgebiet, Geltungsbereich des Grundgesetzes, Staatsfragment.[61] Damit war die Spannweite der deutschen Frage vom Bundesverfassungsgericht umschrieben.

Wenn auch die Beantwortung der Fragen durch das Bundesverfassungsgericht in diesem Verfahren nicht erfolgte, so schälte sich der Standpunkt von Regierung und Opposition doch um so deutlicher heraus. Dabei herrschte bezüglich der Wiedervereinigung Deutschlands im Grundsatz Übereinstimmung; sowohl

61) "Der Kampf um den Wehrbeitrag" II S. 802 f

Regierung als auch Opposition gingen davon aus, daß die Wiedervereinigung eine verfassungsrechtliche Verpflichtung aller politischen Organe sei.[62] Lediglich hinsichtlich der Mittel, die zur Wiedervereinigung führen sollten, herrschte Streit. Die Entscheidung über die Zweckmäßigkeit der bei diesem Streben anzuwendenden Mittel war nach Auffassung der Bundesregierung eine rein politische Entscheidung, solange nicht offensichtlich ungeeignete Mittel angewendet wurden oder diesem Ziele bewußt entgegen gehandelt wurde, solange also nicht der Fall eines offensichtlichen politischen Ermessensmißbrauchs vorlag.[63] Eben darüber sollte nach dem Willen der Opposition das Bundesverfassungsgericht entscheiden: ob Adenauers Politik der Stärke ein geeignetes Mittel war, die Einheit Deutschlands zu erreichen.

Auch hinsichtlich des fortbestehenden Deutschlands gab es in Worten, nicht jedoch in der Sache Einigkeit zwischen Opposition und Regierung. Die Frage nach der Staatsqualität Westdeutschlands war insofern von Bedeutung, als nur ein Vollstaat das Recht auf Wehrhoheit beanspruchen kann, nicht jedoch ein Staatsfragment. Entsprechend unterschiedlich waren dann auch die Auffassungen. Zwar gingen beide Seiten von der Identität zwischen Bundesrepublik Deutschland und Deutschem Reich aus, verstanden aber unter Bundesrepublik Deutschland etwas Verschiedenes. Nach Auffassung der Regierung war der Begriff Bundesrepublik Deutschland sowohl Name für das ganze Deutschland als auch für den westlichen Teil.[64] Westdeutschland sei der Kern des wiederherzustellenden Gesamtdeutschlands, als solcher Vollstaat und identisch mit dem Deutschen Reich. Als Vollstaat könne es Mitglied internationaler Organisationen werden, ohne daß dieser Umstand an der Staatsqualität Westdeutschlands etwas ändere.[65]

62) Vergl. z.B. für die Opposition "Der Kampf um den Wehrbeitrag" I S. 245, für die Regierung aaO II S. 687.
63) "Der Kampf um den Wehrbeitrag" II S. 681
64) Dieser Gedanke geht zurück auf Scheuner, den die Bundesregierung als Gutachter bestellt hatte; "Der Kampf um den Wehrbeitrag" III S. 334.
65) So der ebenfalls von der Bundesregierung bestellte Gutachter Süsterhenn, "Der Kampf um den Wehrbeitrag" I S. 263.

Ganz anders die Opposition. Deren Vertreter Adolf Arndt hatte sich bereits als Abgeordneter wiederholt gegen die "Sprachspaltung"[66] gewandt. Nach Auffassung der Opposition bedeutete die Identität zwischen Bundesrepublik Deutschland und Deutschem Reich nichts anderes, als daß der Vollstaat nur der gesamtdeutsche Staat sei, der mit sich selbst identisch sei. Der westdeutsche Teil dagegen sei ein Staatsfragment ohne besonderen Namen mit einer vorläufigen Vollverfassung; ein Teil könne jedoch nicht mit dem Ganzen identisch sein. Weil Westdeutschland nur Staatsfragment sei, habe der Parlamentarische Rat bewußt davon Abstand genommen, Vorschriften über Streitkräfte in das nur für den westdeutschen Teil geltende Grundgesetz aufzunehmen, da sie Ausdruck voller Staatlichkeit seien.[67]

Der Kampf um den Wehrbeitrag bewies nur zu schnell die allen geläufige These, daß jeder politische Streit letztlich als Rechtsstreit fortgesetzt werden könne. Die in juristische Terminologie verkleideten Ausführungen vermochten lediglich notdürftig die politischen Ziele zu verdecken, die den eigentlichen Kern des Streites bildeten: Adenauer betrachtete Westdeutschland von Anfang an als Vollstaat und handelte entsprechend, die oppositionelle SPD sah in erster Linie Gesamtdeutschland und versuchte, alles zu vermeiden, was die Wiedervereinigung erschweren oder sogar unmöglich machen könnte. Da der Vertrag über die Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Drei Mächten[68] jedoch davon ausging, daß auch ein wiedervereinigtes Deutschland in den Westen integriert werden müsse, war die Wiedervereinigung in ihren Augen praktisch ausgeschlossen, weil von der Sowjetunion nicht erwartet werden konnte, daß sie

---

66) "Der Kampf um den Wehrbeitrag" III S. 379; vergl. im übrigen oben S. 40 Anm. 15.

67) aaO S. 383 ff

68) Gegen die von Adenauer bevorzugte Bezeichnung "Deutschlandvertrag" wandte sich die Opposition auf das energischste; vergl. etwa den Schriftsatz der SPD-Bundestagsfraktion vom 21. November 1952 - "Der Kampf um den Wehrbeitrag" II S. 754 - : "Der Ausdruck 'Deutschland-Vertrag' muß hierbei zurückgewiesen werden. Was würde man wohl sagen, wenn wir in einer entsprechenden Polemik vom Anti-Deutschland-Vertrag oder vom Vertrage zur Täuschung Deutschlands sprächen?"

Ostdeutschland ohne Preis aufgab.[69] Insofern verwundert es nicht, daß die SPD die vielen sowjetischen Noten, die eine Wiedervereinigung Deutschlands in Neutralität verhießen, wenn es nicht zum Abschluß der EVG käme, sehr viel ernster nahm als Adenauer, der darin lediglich Störmanöver gegen die Festigung Westdeutschlands und Westeuropas sah.

Wenn Adenauer auch mit zweifelhaften Methoden[70] dazu beigetragen hat, daß das Bundesverfassungsgericht nicht zu einer Entscheidung in der Sache gekommen ist, so muß doch noch einmal mit aller Klarheit festgehalten werden: Der richtige Ort für die Entscheidung über die EVG-Verträge war das Parlament. Die Abgeordneten als Vertreter des Volkes waren dazu legitimiert, die weittragende Entscheidung der Westbindung zu treffen. Allein die Tatsache, daß die Aufmerksamkeit der Weltöffentlichkeit auf das Bundesverfassungsgericht gerichtet war, macht deutlich, daß es überfordert war. Auf dieses Überfordertsein, das der damalige Vorsitzende des Bundesverfassungsgerichts Höpker-Aschoff im Gutachten-Verfahren nur andeutete[71], machte Adenauer in einem Brief an Ollenhauer mit hinreichender Klarheit aufmerksam: "Die Entscheidung über Fragen von so grundsätzlicher Bedeutung für die Zukunft des deutschen Volkes, wie sie die Verträge darstellen, ist eine Frage der Politik und nicht der Rechtsprechung. Die Bundesregierung bedauert, daß das Bundesverfassungsgericht überhaupt mit diesen Fragen befaßt worden ist; denn dadurch wird das Bundesverfassungsgericht mit der Verantwortung für Leben und Tod des deutschen Volkes belastet - eine Verantwortung, die den zuständigen politischen Instanzen zukommt."[72]

Wenn gleichwohl im Hinblick auf die zwei Jahrzehnte später ergangene Entscheidung im Zusammenhang mit dem Grundlagen-

---

69) Das hatte der FDP-Abgeordnete Pfleiderer in seiner berühmten Waiblinger Rede am 6. Juni 1952 klar ausgesprochen; vergl. "Dokumentation zur Deutschlandfrage" I S. 165 f.

70) Die Charakterisierungen reichten von "taktisches Kalkül" über "Schachzug" bis "fauler Trick". Adenauer selbst sprach mit gespieltem Unverständnis von einem angeblichen "Advokatenkniff", der ihm unterstellt worden sei; vergl. "Erinnerungen 1953 - 1955" S. 185.

71) "Der Kampf um den Wehrbeitrag" II S. 803 f

72) aaO S. 191 f

vertrag zwischen den beiden deutschen Staaten die Nichtentscheidung im Zusammenhang mit der EVG mit Bedauern registriert werden muß, so steht das keineswegs im Widerspruch zu dieser Feststellung. Es soll damit lediglich zum Ausdruck gebracht werden, daß zwei gleiche Sachverhalte eine unterschiedliche Behandlung durch das Bundesverfassungsgericht erfuhren; denn sowohl im Zusammenhang mit der EVG als auch im Zusammenhang mit dem Grundlagenvertrag ging es um den gleichen politischen Meinungsstreit, wurde auf das heftigste um die Zukunft Gesamtdeutschlands gerungen. Während das Gericht jedoch das eine Mal die höchste Form der Selbstbescheidung praktizierte - in Form der Nichtentscheidung -, nahm es das andere Mal in umfassender Weise zur Deutschlandpolitik Stellung.[73] Diese Nichtentscheidung strebte das Gericht, nachdem ihm die Möglichkeit des Gutachtens genommen worden war, konsequent an. Sie war aber schließlich nur möglich, weil die EVG an dem Nein der französischen Nationalversammlung scheiterte. Erst dadurch wurde das Bundesverfassungsgericht einer Entscheidung enthoben, die es bei Ratifizierung der Vertragsgesetze nicht hätte umgehen können. Alles taktisches Kalkül sowohl Adenauers wie auch des Gerichts wäre ohne Frankreichs Veto erfolglos gewesen. Die Frage, ob das Bundesverfassungsgericht bei der Durchsetzung der Konzeption Adenauers ein Hindernis darstellte [74], muß daher offenbleiben. Das Schweigen des Gerichts in der Sache hat ohne Zweifel die Zustimmung Adenauers gefunden, da Schweigen seine Position nicht erschüttern konnte.

III. Das Verhältnis Westdeutschlands zu Deutschland als Ganzem

Das Bundesverfassungsgericht hatte im Gutachten-Verfahren den Problemkreis "Staatsqualität der Bundesrepublik Deutschland" aufgeworfen, dazu jedoch angesichts der politischen Entwicklung

---

73) Vergl. unten S. 281 ff.
74) So Baring aaO S. 108.

im Verfassungsrechtsstreit um den Wehrbeitrag keine Stellung bezogen. Gleichwohl äußerte sich das Gericht zum Deutschlandproblem bereits während dieses langwierigen Verfahrens, und zwar in einer Reihe von Einzelentscheidungen, die zu politisch weniger brisanten Fragen ergingen. Zumal anläßlich mehrerer Verfassungsbeschwerden von Beamten, Soldaten und Versorgungsempfängern, die ihre im Deutschen Reich begründeten Ansprüche gegen die öffentliche Hand nunmehr gegen Westdeutschland geltend machten, wurde das Bundesverfassungsgericht mit der Frage konfrontiert, was Deutschland ist; eine Frage, die, wie der Kampf um den Wehrbeitrag gezeigt hatte, weniger juristischen als vielmehr politischen Charakters war. Es dauerte knapp fünf Jahre, bis sich das Gericht zu einer klaren Aussage durchgerungen hatte.

1. Identitätstheorie und Grundgesetz

Am 13. Juni 1952, gut vier Monate nach Einreichung der ersten Klage der Opposition gegen die EVG-Verträge, entschied der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts aufgrund einer Verfassungsbeschwerde über die Zulässigkeit der Vollstreckung eines ostdeutschen Strafurteils in Westdeutschland. Da Vollstreckungshilfe nur bei Urteilen deutscher, d.h. inländischer Gerichte möglich ist [75], mußte der Erste Senat zum Verhältnis von Westdeutschland zu Ostdeutschland Stellung nehmen. Er stellte sich auf den Standpunkt, daß Vollstreckungshilfe grundsätzlich zulässig sei, da die sowjetische Besatzungszone zu Deutschland gehöre und im Verhältnis zur Bundesrepublik nicht als Ausland angesehen werden könne.[76] Mit dieser Begründung war das Problem der Behandlung von Urteilen ostdeutscher Gerichte in Westdeutschland in einer Weise gelöst, die allgemeiner Zustimmung sicher sein konnte. Damit war aber auch der Grund für die Haltung des Bundesverfassungsge-

75) §§ 162, 163 des Gerichtsverfassungsgesetzes
76) BVerfGE 1 S. 341

richts zum Rechtsstatus Deutschlands gelegt; denn die kurze Begründung des Ersten Senats enthielt mehrere Behauptungen. Aus der Gegenüberstellung von sowjetischer Besatzungszone und Bundesrepublik einerseits und Deutschland andererseits ergab sich zunächst, daß Deutschland auch im Jahre 1952, also nach Kriegsende, Verabschiedung des Grundgesetzes sowie der ostdeutschen Verfassung fortbestand. Zu diesem fortbestehenden Deutschland gehörten zumindest die sowjetische Besatzungszone und Westdeutschland.

Ein Weiteres steckte in der Begründung. Westdeutschland wurde als Bundesrepublik bezeichnet. Der Erste Senat übernahm mithin den Sprachgebrauch, der sich nach Verabschiedung des Grundgesetzes in Westdeutschland allgemein durchgesetzt hatte. Ostdeutschland hingegen wurde nicht mit dem von ihm selbst gegebenen Namen Deutsche Demokratische Republik bedacht, sondern - wie es die westdeutschen Politiker taten - mit einem Begriff, der vor allem die Nichtstaatlichkeit zum Ausdruck brachte. Schon in der Bezeichnung Ostdeutschlands als sowjetischer Besatzungszone wurde sichtbar, was zukünftig zum unverrückbaren Bestandteil der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts werden sollte: Dieser Teil Deutschlands ist weder Ausland noch Staat. Das Verhältnis Westdeutschlands zu Gesamtdeutschland blieb dagegen noch ungeklärt. Es konnte wie Ostdeutschland Nichtstaat sein, es konnte aber ebensogut - worauf die Verwendung des Namens Bundesrepublik hindeutete - ein qualitativ höherwertiges Gebilde sein. Den Streit um die EVG und die bei dieser Gelegenheit von Regierung und Opposition vertretenen unterschiedlichen Auffassungen hinsichtlich der Staatlichkeit Westdeutschlands vor Augen sprach das Bundesverfassungsgericht mithin nur aus, was unstrittig war: Deutschland besteht als Staat fort, Ostdeutschland ist weder im Verhältnis hierzu noch zu Westdeutschland Ausland. Eine juristische Begründung wurde für diese Auffassung nicht geliefert.

Auch der Zweite Senat blieb in dem schon erwähnten Urteil vom 29. Juli 1952 zum Petersberger Abkommen unklar. Wieder war die Rede von Deutschland, in dem unter formeller Fortdauer des Kriegszustandes die Alliierten Herrschaft ausübten, und von der Bundesrepublik. Mit Bezug auf die Bundesrepublik wurde hinzugefügt: "Das Grundgesetz will seinem gesamten Inhalt nach die Verfassung eines souveränen Staatswesens sein ... Es geht ausnahmslos von der Gleichberechtigung der Bundesrepublik in der Völkerrechtsgemeinschaft aus."[77] Damit wurde scheinbar fortgeschrieben, was die Verwendung der Begriffe sowjetische Besatzungszone und Bundesrepublik in dem vorangegangenen Urteil des Ersten Senats bereits angedeutet hatte: Westdeutschland ist nach dem Grundgesetz ein Staat; das fortbestehende Besatzungsrecht hat auf diese Tatsache keinen Einfluß, sondern kann allein die Souveränität des Staates Bundesrepublik berühren. Zum Verhältnis dieses Staates zu Gesamtdeutschland führte der Zweite Senat jedoch nichts aus. Konnte dem Urteil mithin entnommen werden, daß Westdeutschland ein Staat ist, so blieb diese Frage weiter offen. Im übrigen erfolgte diese Festlegung des Zweiten Senats ebenfalls ohne juristische Begründung.

Die im Anschluß an dieses Urteil des Zweiten Senats ergangenen Entscheidungen des Ersten Senats machten deutlich, daß es sich tatsächlich nicht um eine Fortschreibung handelte; denn der Erste Senat sprach in drei aufeinanderfolgenden Urteilen immer nur von der "Kontinuität eines einheitlichen Deutschlands" [78], von "Deutschland als Ganzes"[79] sowie vom "gesamtdeutschen Staatsvolk", "gesamtdeutschen Staatsgebiet" und von der "gesamtdeutschen Staatsgewalt" [80], nicht jedoch von der Bundesrepublik - im Sinne von Westdeutschland - als Staat. Die Verwendung der Begriffe Staatsvolk, Staatsgebiet

77) BVerfGE 1 S. 368
78) BVerfGE 2 S. 56
79) BVerfGE 2 S. 250
80) BVerfGE 2 S. 277

und Staatsgewalt machten unzweifelhaft klar, was gemeint war; denn nach der Drei-Elementen-Theorie[81] sind das die konstitutiven Merkmale eines Staates. Nicht Westdeutschland war somit nach Auffassung des Ersten Senats ein Staat, sondern Deutschland als Ganzes. Folgerichtig wurde "die Bundesrepublik Deutschland als der berufene und allein handlungsfähige Teil Gesamtdeutschlands, der staatlich wieder organisiert werden konnte", bezeichnet; sie habe sich als die Staatsorganisation des Gesamtstaates legitimiert, die bisher allein in Freiheit habe wieder errichtet werden können.[82] Wenn Westdeutschland lediglich Teil, Staatsorganisation des Gesamtstaates war, schloß das seine Staatlichkeit aus. Zwischen Erstem und Zweitem Senat bestanden somit, was die Qualifizierung Westdeutschlands anlangt, unterschiedliche Auffassungen. Die Konstruktion des Ersten Senats hatte dabei den Vorteil, den Konflikt zwischen fortbestehendem deutschen Gesamtstaat und Weststaat zu vermeiden.

Daß sich der Erste Senat dieses Konfliktes bewußt und auch gewillt war, ihn zu umgehen, ergibt sich aus der Begründung des Beamten-Urteils vom 17. Dezember 1953. Mit einer Verfassungsbeschwerde begehrten zahlreiche Beamte und Versorgungsempfänger festzustellen, daß ihre Beamten- und Versorgungsverhältnisse über den Zusammenbruch des Deutschen Reichs im Mai 1945 hinaus fortbestanden hätten und die Bundesrepublik wegen rechtlicher Identität mit dem Deutschen Reich aus jenen Rechtsverhältnissen verpflichtet sei.[83] Abgesehen davon, daß mit dieser Entscheidung notwendigerweise eine erhebliche Belastung bzw. Nichtbelastung des westdeutschen Haushalts verbunden war - die Entscheidung also schon aus diesem Grunde weitreichende politische, d.h. finanzpolitische Folgen haben mußte -, war der Erste Senat damit zu der viel folgenschwereren Entscheidung aufgerufen,

---

81) Vergl. Dahm "Völkerrecht" S. 74 ff.
82) aaO S. 277
83) BVerfGE 3 S. 66

das Verhältnis Westdeutschlands zu Gesamtdeutschland definitiv zu bestimmen; denn nur ein Staat kann Pflichten gegenüber Staatsdienern haben. Die Frage, ob die Bundesrepublik - im Sinne von Westdeutschland - ein Staat ist, hatte derselbe Senat jedoch bisher bewußt offengelassen, ja er hatte die Antwort darauf im Streit um den Wehrbeitrag gerade erst erfolgreich auf die lange Bank geschoben. Vor diesem Hintergrund ist es nicht erstaunlich, daß auch dieses Mal eine Klärung ausblieb.

Statt sich mit der behaupteten Identität zwischen westdeutscher Bundesrepublik und Deutschem Reich auseinanderzusetzen, startete der Erste Senat einen Versuchsballon. Angesichts der politischen Praxis konnte nämlich auch er die immer offener zutage tretende Staatlichkeit Westdeutschlands nicht leugnen. Den Konflikt zwischen westdeutschem Staat und gesamtdeutschem Staat mit Hilfe der Identitätstheorie zu lösen erschien dem Ersten Senat jedoch nicht akzeptabel. Wenn er von dieser Theorie bemerkte, daß sie auf völkerrechtlichem und politischem Gebiet entwickelt worden und im übrigen nicht unbestritten sei [84], so war das lediglich eine zurückhaltende Umschreibung dafür, daß er sie für ungeeignet hielt, das immer drängender werdende deutsche Problem zu lösen. Demgegenüber referierte der Erste Senat in aller Ausführlichkeit jene "beachtlichen Stimmen" [85], die vom Untergang des deutschen Staates ausgingen. Diese Stimmen könnten sich auf offizielle Äußerungen und auf das tatsächliche Verhalten der Alliierten stützen, die in sämtlichen Zonen auch bisherige Länder als Staaten neu errichtet hätten, ein Verfahren, das nur von der Annahme aus zu erklären sei, daß jede deutsche Staatsgewalt erloschen sei. Damit könnten diese Stimmen für sich geltend machen, daß eines der drei klassischen Elemente des Staates, nämlich die Staatsgewalt, nicht mehr vorhanden gewesen sei. Das Ver-

84) aaO S. 121
85) aaO S. 88; gemeint waren Kelsen und Nawiasky, vergl. oben S. 35 Anm. 1.

schwinden dieser deutschen Staatsgewalt hätten die Siegermächte als so vollständig angesehen, daß sie auch die Befugnisse der Regierungen, Verwaltungen und Behörden der Länder, Städte und Gemeinden hätten übernehmen zu müssen geglaubt. Wäre das tatsächlich voll durchgeführt worden, so wäre ohne weiteres klar, daß alle Beamtenverhältnisse mit Bezug auf das Deutsche Reich erloschen gewesen wären.[86)]

Nun hätte es nahegelegen, sich mit der referierten Meinung auseinanderzusetzen. Ohne jedoch darauf einzugehen, fügte der Erste Senat hinzu: "Aber auch wenn man ... das Weiterbestehen eines zunächst nur seiner Handlungsfähigkeit beraubten Deutschen Reiches annimmt, so muß doch ernstlich gefragt werden, ob das Rechtsverhältnis der Beamten, die nicht nur wirtschaftlich aufs engste mit dem Staat verbunden sind, sondern auch rechtlich die Staatsgewalt in erster Linie verkörpern, einen Zusammenbruch der gesamten staatlichen Organisation in dem oben umrissenen Ausmaße überdauern konnte. Das Bundesverfassungsgericht ist überzeugt, daß diese Frage verneint werden muß."[87)] Mit anderen Worten: Egal, ob man der Staatsuntergangstheorie folgte oder der des fortbestehenden Deutschlands, das Ergebnis war dasselbe; die Verfassungsbeschwerde der Beamten wurde als unbegründet zurückgewiesen.

Ungewöhnlich ist an dieser Entscheidung zunächst, daß es der Erste Senat nicht für nötig befand, auf die von Kelsen und Nawiasky vertretene Untergangstheorie einzugehen; denn üblicherweise beschränkt sich das Bundesverfassungsgericht nicht darauf, die Auffassung Dritter wiederzugeben - noch dazu so ausführlich -, sondern es setzt sich mit ihr auseinander, um ihr dann beizutreten oder aber sie abzulehnen. Ungewöhnlich ist darüber hinaus jedoch auch, daß der Erste Senat der Staatsuntergangstheorie einen solchen Raum widmete, wo es doch zu demselben Ergebnis gelangte, ob nun unter

86) aaO S. 88 f
87) aaO S. 89

Zugrundelegung dieser Annahme oder aber des Fortbestehens des gesamtdeutschen Staates. Richterliche Praxis ist es, eine anstehende Frage bei alternativer Lösungsmöglichkeit dann nicht zu entscheiden, wenn beide Alternativen zu demselben Ergebnis führen. Von dieser Praxis wurde hier jedoch insofern abgewichen, als die eine Lösungsmöglichkeit ausführlich dargelegt wurde, die andere hingegen nur in einer abschließenden Bemerkung Erwähnung fand. Das gilt um so mehr, als auf die Lehre von der Kontinuität Gesamtdeutschlands quasi nur beiläufig mit der Floskel "aber auch wenn" eingegangen wurde, einer Floskel, die gemeinhin angewandt wird, um Hilfsargumente vorzubringen. Wenn der Erste Senat die Frage des Staatsuntergangs auch nicht definitiv entschied, so bedeutete das doch nichts anderes, als daß er der These vom Staatsuntergang den Vorzug gegenüber der von der Kontinuität des gesamtdeutschen Staates gab. Hierin sah er den Ausweg aus dem durch den Parlamentarischen Rat vorgegebenen Konflikt zwischen gesamtdeutschem und westdeutschem Staat.

Das ungewöhnliche Vorgehen des Ersten Senats hatte mithin Methode. Es sollte ein Denkanstoß gegeben werden, der nichts anderes bezweckte, als die Eigenstaatlichkeit Westdeutschlands ohne Kunstgebilde mit der Realität in Übereinstimmung bringen zu können. Um diesem Ziel näher zu kommen, stellte er den Fortbestand Gesamtdeutschlands in Frage, wandte sich damit aber zugleich auch gegen den seit dem Zusammenbruch des Deutschen Reiches einhellig vertretenen Standpunkt, der eben diesen Fortbestand eines gesamtdeutschen Staates zugrunde legte. Nur am Rande sei vermerkt, daß der Erste Senat diese Einschaltung in den politischen Willensbildungsprozeß allein unter Preisgabe der Selbstbescheidung vornehmen konnte; denn recht eigentlich war ein Eingehen auf die verschiedenen Ansichten hinsichtlich des deutschen Staates nicht erforderlich, da man mit beiden Prämissen - Fortbestand bzw. Nichtfortbestand Gesamtdeutschlands - zu demselben Ergebnis ge-

langt wäre.[88] Diese Durchbrechung richterlicher Zurückhaltung sollte jedoch nicht das einzige Mal bleiben.

Die Entscheidung Ersten Senats entfachte in der westdeutchen Öffentlichkeit einen Sturm der Entrüstung; weniger wegen des für die Beamten negativen Ausgangs des Verfahrens als vielmehr wegen der staatspolitischen Bedeutung des Urteils. Es wurde nämlich genau so interpretiert wie dargelegt: als neige der Erste Senat zu der Vorstellung, Deutschland habe 1945 aufgehört zu existieren. "Zehn Richter korrigieren die deutsche Geschichte"[89] war in diesem Zusammenhang noch eine milde Kritik. Deutlicher wurde z.B. der Abgeordnete Eckardt vom Gesamtdeutschen Block, der die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts "für äußerst gefährlich, geradezu für staatsgefährlich"[90] hielt. Und nicht zuletzt die Standesvertretung der Beamten ließ ihrem Unmut freien Lauf, wenn sie wiederholt feststellte, daß das Bundesverfassungsgericht eine authentische Interpretation der Staatslehre der Bundesrepublik habe geben wollen; die Ergebnisse einer solchen politischen Würdigung seien in ihren staatspolitischen Konsequenzen so weittragend, daß es einer sehr ernsten Überprüfung bedürfe, ob die Bundesrepublik auf dem Weg weiterschreiten könne, der durch das juristische und politische Konzept des Bundesverfassungsgerichts zwangsläufig vorgeschrieben werde.[91]

Zwar wurde vor der Überbewertung eines obiter dictum des Bundesverfassungsgerichts gewarnt [92], gleichwohl war die Empörung über ein Urteil selten so einhellig[93] und wohl auch verständlich; denn das deutschlandpolitische Konzept aller politischen Kräfte hätte bei Zugrundelegung des Staatsuntergangs geändert werden müssen. Die Nichtexistenz Gesamtdeutschlands hätte zunächst einmal die Politiker der selbst auferlegten Pflicht enthoben, stets von Deutschland zu reden, tatsächlich jedoch nur Westdeutschland zu meinen. Auf einfache

88) Ebenso Bachof DÖV 1954 S. 34.
89) "Die Zeit" vom 7. Januar 1954
90) BT, 2. WP, 13. Sitzung S. 376
91) "Der Bonner Bundesbeamte" Februar 1954 S. 2
92) Bachof aaO S. 34
93) Vergl. die Zusammenfassung der Pressestimmen in "Der Bonner Bundesbeamte" aaO S. 7.

Weise wäre damit der Konflikt zwischen Sollen und Sein gelöst worden. Die Vorstellung vom Untergang Gesamtdeutschlands hätte ferner Auswirkungen auf die Wiedervereinigungskonzepte haben müssen, da Ostdeutschland in einem völlig anderen Licht hätte betrachtet werden müssen. Wenn behauptet wurde, daß Gesamtdeutschland nicht mehr existierte, konnte schwerlich geleugnet werden, daß sich auf deutschem Boden zwei voneinander unabhängige Staaten gebildet hatten. Dann wäre es aber auch nicht mehr um ein Wiedervereinigen von Teilen eines Staates, sondern um den Zusammenschluß zweier Staaten gegangen. Für diesen Zusammenschluß zweier voneinander unabhängiger Staaten wären die immer wiederkehrenden Formeln westdeutscher Politiker von freien Wahlen in Deutschland sicherlich nicht geeignet gewesen. Bei Zugrundelegung des fortbestehenden deutschen Gesamtstaates waren freie Wahlen entsprechend dem Selbstbestimmungsrecht der Völker politisch und moralisch begründbar, bei Vorhandensein zweier Staaten hingegen wäre ein Zusammenschluß nur im Wege des Kompromisses möglich gewesen. Vor diesem Hintergrund ist es einleuchtend, wenn allgemein davon ausgegangen wurde, daß die Entscheidung des Ersten Senats an den staatspolitischen Grundlagen Westdeutschlands rüttelte.

Der geharnischte Protest der Öffentlichkeit zeigte jedoch rasche Wirkung mit der Folge, daß die Deutschlandpolitik aller Parteien keiner "ernsten Überprüfung" bedurfte. Bereits gut zwei Monate nach dem Beamten-Urteil zog der Erste Senat in dem Soldaten-Urteil, das dieselbe Problematik zum Inhalt hatte, den Versuchsballon wieder ein, um auf seine ursprüngliche Linie zurückzuschwenken. Mit gespieltem Unverständnis wurde von Mißdeutungen der Ausführungen des Ersten Senats gesprochen und festgestellt, daß der deutsche Staat selbstverständlich nicht aufgehört habe zu existieren. Davon sei das Bundesverfassungsgericht seit seinem Bestehen ausgegangen; nicht zuletzt in dem ebenfalls am 17. Dezember 1953 ergangenen Urteil im Zusammenhang mit der Frage, ob die Dienstverhältnisse

von Angestellten den Zusammenbruch des Deutschen Reiches überdauert hätten, sei davon die Rede, daß dem Deutschen Reich nicht zugemutet werden könne, diese Dienstverhältnisse über den 8. Mai 1945 hinaus fortzuführen [94], eine Formulierung, die nur verständlich sei, wenn man die Kontinuität Deutschlands zugrunde lege.[95] Die Frage nach dem Verhältnis von Westdeutschland zu Gesamtdeutschland blieb damit allerdings weiterhin unbeantwortet.

Der Ausflug des Ersten Senats in die deutsche Realität wurde damit ebenso abrupt beendet, wie er kurz vorher für alle überraschend angetreten worden war. Mag der Erste Senat auch von Mißdeutungen gesprochen haben, zutreffender scheint die Einschätzung zu sein, daß er sich selbst angesichts der Urteilsschelte berichtigt hat. Auch der Hinweis auf das Angestellten-Urteil vermag daran nichts zu ändern; denn die Formulierung, daß dem Deutschen Reich nicht zugemutet werden könne, über den 8. Mai 1945 hinaus Dienstverhältnisse der Angestellten fortzuführen, besagte nichts über das Bestehen dieses Staates im Jahre 1953, nachdem wesentliche Veränderungen auf deutschem Territorium stattgefunden hatten. Hinzu kommt, daß diese Entscheidung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Beamten-Urteil gesehen werden mußte, was schon die Tatsache erhellt, daß die Begründung nur ein Fünftel des Umfangs des Beamten-Urteils aufweist. In vielen Punkten konnte eben auf die Ausführungen in diesem Urteil verwiesen werden. Die grundsätzlichen Aussagen, die in dem Beamten-Urteil hinsichtlich des Fortbestehens Gesamtdeutschlands gemacht wurden, hatten mithin auch Geltung für das Angestellten-Urteil, das sich ja mit derselben Problematik befaßte. Die massive Kritik insbesondere der Beamten-Lobby, die nicht davor zurückschreckte, von "Meinungspapismus" und "Spruchinstanz für Staatsideologie"[96] zu sprechen, hatte den Ersten Senat zu einer Umkehr bewogen. Diese Umkehr war um so leichter, d.h. vom Ersten Senat ohne Gesichtsverlust zu vollziehen, als

94) Vergl. hierzu BVerfGE 3 S. 178.
95) BVerfGE 3 S. 319 f
96) "Der Bonner Bundesbeamte" aaO S. 4

eine definitive Aussage zum Fortbestand Gesamtdeutschlands nicht gemacht, sondern nur, wenn auch unmißverständlich, die Meinungsrichtung angedeutet worden war.

Nach diesem erfolglosen Versuch des Ersten Senats, den gordischen Knoten der deutschen Frage zu durchschlagen, waren Erster und Zweiter Senat insoweit wieder auf einer Linie, als beide von einem deutschen Staat ausgingen. Wenn es gleichwohl noch weitere drei Jahre dauerte, bis endgültig festgelegt war, in welcher Form dieser eine deutsche Staat existiert, lag das in erster Linie daran, daß sich der Erste Senat nicht dazu durchringen konnte, die Identität zwischen westdeutschem und gesamtdeutschem Staat anzuerkennen. Bis 1957 galt, was er anläßlich des Beamten-Urteils ausgeführt hatte, daß es sich nämlich hierbei um einen politischen Anspruch handele. Folgerichtig sprach der Erste Senat im Mai 1955 anläßlich des Saar-Urteils, auf das im Zusammenhang mit dem Wiedervereinigungsgebot näher einzugehen sein wird [97], zwar von Deutschland in den Grenzen von 1937 wie auch von der Bundesrepublik Deutschland als Bezeichnung für Westdeutschland, verzichtete jedoch darauf, irgendein Wort über die auch in diesem Verfahren von der Bundesregierung behauptete Identität zwischen dieser Bundesrepublik Deutschland und Deutschland als Ganzem zu verlieren.[98] Diese Linie wurde in zwei weiteren Entscheidungen des Ersten Senats beibehalten, die beide auf die Feststellung hinaus-liefen, daß Deutschland fortbestehe zu existieren und lediglich de facto, nicht jedoch de jure geteilt sei.[99]

Alle diese Aussagen des Bundesverfassungsgerichts, und zwar beider Senate, waren gemacht worden, ohne daß es versucht hätte, sie juristisch, d.h. mit Hilfe von Bestimmungen des Grundgesetzes zu untermauern. Das KPD-Urteil vom Mai 1956 brachte hier eine Änderung. Allerdings fiel die rechtliche Begründung des Ersten Senats recht allgemein aus; denn der

97) Vergl. unten S. 180 ff.
98) BVerfGE 4 S. 166
99) BVerfGE 4 S. 305 f, BVerfGE 5 S. 6

Fortbestand des gesamtdeutschen Staates wurde lediglich als ein rechtlicher Gesichtspunkt reklamiert, dem das Grundgesetz Rechnung trage. Eine spezielle Norm, der diese Auffassung entnommen werden kann, wurde nicht angegeben, statt dessen auf die Vorarbeiten zum Grundgesetz hingewiesen, die von eben diesem Gedanken getragen worden seien.[100] Durch den Kunstgriff, das,was juristisch hätte begründet werden müssen, als rechtlichen Gesichtspunkt zugrunde zu legen, war der Erste Senat jeglicher juristischer Argumentation enthoben. Tatsächlich war die Begründung des Fortbestands Deutschland also nur eine Behauptung.

Das KPD-Urteil war bezüglich des Deutschlandbildes des Ersten Senats noch in anderer Hinsicht bedeutsam. Er stellte nämlich unter Hinweis auf den "Übergangscharakter der grundgesetzlichen Ordnung" fest, daß die vom Grundgesetz aufgerichtete Staatsordnung als eine Ausübung gesamtdeutscher Staatsgewalt auf einem räumlich zunächst beschränkten Gebiet zu betrachten sei.[101] Das stand einerseits im Widerspruch zu den Ausführungen des Zweiten Senats aus dem Jahre 1952; damals hatte es geheißen, das Grundgesetz wolle die Verfassung eines souveränen Staates sein. Diese Verfassung eines souveränen Staates sollte nach Auffassung des Zweiten Senats aber gerade keinen Übergangscharakter haben.[102] Andererseits näherte sich der Erste Senat mit dieser Formulierung der Identitätstheorie, ohne sie beim Namen zu nennen. Zweierlei war nämlich mit dieser Konstruktion erreicht. Erstens legte sie eine gesamtdeutsche Staatsgewalt zugrunde, womit Gesamtdeutschland die drei einen Staat ausmachenden Elemente aufwies, nämlich Staatsvolk, Staatsgebiet und Staatsgewalt; zweitens konnte Westdeutschland wie ein Staat betrachtet werden, da seine Organe diese gesamtdeutsche Staatsgewalt wahrnahmen. Wenn sich der Erste Senat gleichwohl dafür hütete, seine Auffassung mit dem Etikett "Identitätstheorie" zu versehen, so wohl nur deshalb, weil er sie noch kurz zuvor als eine politische Theorie bezeichnet hatte.

---

100) BVerfGE 5 S. 126
101) aaO S. 127
102) BVerfGE 1 S. 368; vergl. oben S. 60.

Die politische Theorie auf die Ebene des Rechts zu transponieren und damit zu einer Rechtstheorie zu machen übernahm dann der Zweite Senat am 26. März 1957. Damit ersparte er es dem Ersten Senat, die von ihm vorgenommene Qualifizierung der Identitätstheorie zu korrigieren. Daß der Zweite Senat, der bereits 1952 deutlich zu erkennen gegeben hatte, daß er von der Staatlichkeit Westdeutschlands ausgeht, erst zu diesem relativ späten Zeitpunkt in definitiver Form in die verfassungsgerichtliche Willensbildung eingriff, lag an der Zuständigkeitsverteilung des Gerichts. Verfassungsbeschwerden, Normenkontrollklagen sowie die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei, die dem Gros der Gesamtdeutschland betreffenden Aussagen zugrunde lagen, wurden danach vom Ersten Senat entschieden, Organklagen und Meinungsverschiedenheiten über Rechte und Pflichten des Bundes und der Länder dagegen vom Zweiten Senat.[103] So kam es, daß der Zweite Senat bis zu diesem Zeitpunkt mit Ausnahme des Urteils zum Petersberger Abkommen keinen Standpunkt beziehen konnte.

Nachdem der Zweite Senat von der Bundesregierung angerufen worden war zu entscheiden, ob das Land Niedersachsen durch Erlaß eines Schulgesetzes gegen das am 20. Juli 1933 abgeschlossene Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Deutschen Reich verstoßen habe, bekam er endlich Gelegenheit, sich zu äußern. Scheinbar war die Fragestellung ähnlich wie bei den Entscheidungen im Zusammenhang mit den Beamten, Soldaten und Angestellten des öffentlichen Dienstes. Es ging um das Fortbestehen eines Rechtsverhältnisses über den 8. Mai 1945 hinaus, das vom Deutschen Reich begründet worden war. Damit war wieder einmal die Frage gestellt, was Deutschland nach 1945 bzw. 1949 war. Ein wesentlicher Unterschied bestand jedoch hinsichtlich der im Deutschen Reich begründeten Rechtsverhältnisse; denn das Fortbestehen der Rechtsverhältnisse der Öffentlich-Bediensteten war ein innerstaatliches

103) Vergl. § 14 der ursprünglichen Fassung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, BGBl I 1951 S. 245.

Problem, das Fortbestehen des Konkordats dagegen ein völkerrechtliches Problem. Die historisch-soziologischen Gründe, die der Erste Senat 1953 und 1954 für die Beendigung der öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse nach dem 8. Mai 1945 ins Feld führte, ohne definitiv zum Status Deutschlands Stellung zu nehmen, waren bei einem ordnungsgemäß zustande gekommenen internationalen Vertrag, wie er hier vorlag, nicht anwendbar. Die Fortgeltung des Konkordats hing somit davon ab, in welchem Verhältnis Westdeutschland zu Gesamtdeutschland stand.

Das war sowohl der Bundesregierung als auch der Landesregierung Niedersachsen bewußt mit der Konsequenz, daß der Gutachtenstreit, der während der Auseinandersetzung um die EVG zu dieser Frage angehoben hatte, erneut entbrannte.[104] Der Zweite Senat stellte dazu kurz und bündig fest: "Das Deutsche Reich, welches nach dem Zusammenbruch nicht zu existieren aufgehört hatte, bestand auch nach 1945 weiter; wenn auch die durch das Grundgesetz geschaffene Organisation vorläufig in ihrer Geltung auf einen Teil des Reichsgebiets beschränkt ist, so ist doch die Bundesrepublik Deutschland identisch mit dem Deutschen Reich. Daraus ergibt sich, daß die Bundesrebpublik Deutschland an die vom Deutschen Reich abgeschlossenen Staatsverträge gebunden ist."[105]

Diese Aussage ist unter zwei Gesichtspunkten von Interesse. Einmal wurde damit der Schlußstein unter einen Meinungsbildungsprozeß des Bundesverfassungsgerichts gesetzt, der fast fünf Jahre währte. Zum anderen wurde mit dieser Entscheidung wiederum die Tendenz des Bundesverfassungsgerichts deutlich, auch zu Fragen Stellung zu nehmen, deren Beantwortung nicht unbedingt erforderlich ist; denn die Begründung dafür, daß Niedersachsen mit Erlaß des Schulgesetzes gegen das fortgeltende Konkordat nicht verstoßen habe, zeigt, daß die Ausführungen

104) Vergl. "Der Konkordatsprozeß" Band II und III.
105) BVerfGE 6 S. 338

des Zweiten Senats zu Deutschland nicht zwingend geboten waren. Die Kulturhoheit, die nach dem Grundgesetz ausschließlich in den Bereich der Länder fällt, könne - so der Zweite Senat - durch keinen Staatsvertrag des Bundes eingeschränkt werden. Daher könne auch kein Bundesland an die Bestimmungen des Konkordats gebunden sein, Niedersachsen sei mithin trotz Fortbestehens des Konkordats zum Erlaß eines Schulgesetzes berechtigt gewesen.[106] Wenn dieser Gedankengang zutreffend ist - er besagte im Ergebnis, daß Westdeutschland an das Konkordat sowohl gebunden als auch nicht gebunden ist[107] -, dann wäre es für die Entscheidung des Zweiten Senats völlig unerheblich gewesen, ob das Konkordat weiterhin Gültigkeit beanspruchen konnte, damit aber auch, in welchem Verhältnis Westdeutschland zu Gesamtdeutschland steht.

Wenn dem Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zur Deutschlandproblematik in den Jahren 1952 bis 1957 auch kein Bruch attestiert werden kann, so doch Widersprüchlichkeiten und erhebliche Schwankungen. Ging der Zweite Senat schon frühzeitig von der Staatlichkeit Westdeutschlands aus, ohne das Verhältnis dieses Staates zum fortbestehenden gesamtdeutschen Staat zu klären, versuchte der Erste Senat, diese eigentlich unvereinbaren Prämissen durch eine realistische Sicht der deutschen Wirklichkeit zu ersetzen. Als sich das als undurchführbar erwies, blieb er konsequent bei der Auffassung, daß es nur einen, und zwar den gesamtdeutschen Staat gibt. Damit war er der Lösung des Konflikts zwischen Weststaat und Gesamtstaat enthoben, stand jedoch zugleich auch im Widerspruch zu der vom Zweiten Senat 1952 unterstellten Staatlichkeit Westdeutschlands. Erst die eindeutige Aus-

106) aaO S. 366

107) Diesen Schluß zieht auch Fiedler "Staatskontinuität und Verfassungsrechtsprechung" S. 187. Sein Erklärungsversuch, daß dieses Ergebnis Folge der vom Gericht vorgenommenen Trennung zwischen der völkerrechtlichen - Verhandlungen zwischen Vatikan und Deutschland - und der staatsrechtlichen Ebene - Beziehungen der deutschen Länder untereinander - sei, vermag an der Unlogik des Ergebnisses allerdings nichts zu ändern. Die Kritik, die dieses Urteil erfahren hat, bezog sich dann auch vornehmlich auf diese Unlogik, nicht dagegen auf die Aussage bezüglich der Identität; Nachweise bei Fiedler aaO S. 183.

sage des Zweiten Senats setzte den Schwankungen ein Ende, machte aus dem provisorischen endgültig ein definitives Grundgesetz.

Mit seinem klaren Bekenntnis zur Identität zwischen Gesamtdeutschland und Bundesrepublik Deutschland war für die Organe Westdeutschlands viererlei festgelegt worden: Erstens besteht Deutschland in den Grenzen von 1937 auch nach dem 8. Mai 1945 und auch nach Verabschiedung des Grundgesetzes und der Verfassung Ostdeutschlands als Staat fort. Zweitens ist die Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Staatsgebietes mit diesem fortbestehenden Staat identisch; das Verfassungsgebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkt sich dagegen auf den Geltungsbereich des Grundgesetzes, d.h. auf die westdeutschen Länder. Daraus folgt drittens, daß weder Ostdeutschland noch Westdeutschland eigenständige Staaten sind, sondern Teile des fortbestehenden Staates; Ostdeutschland gehört also zur Bundesrepublik Deutschland, die ja identisch mit dem gesamtdeutschen Staat ist. Schließlich ergibt sich viertens aus der Tatsache, daß Staatsgebiet - Grenzen von 1937 - und Verfassungsgebiet - Geltungsbereich des Grundgesetzes - mit demselben Namen Bundesrepublik Deutschland versehen werden, daß damit sowohl der fortbestehende gesamtdeutsche Staat als auch Westdeutschland bezeichnet werden. Da jedoch auch das Bundesverfassungsgericht durchweg den westlichen Teil Deutschlands meinte, wenn es die Begriffe Bundesrepublik bzw. Bundesrepublik Deutschland verwandte [108], bezieht sich die Identitätsthese im Kern auf Westdeutschland, d.h. die territorial mit dem Deutschen Reich identische Bundesrepublik Deutschland wird durch den westdeutschen Staatsteil verkörpert.

Da das Bundesverfassungsgericht für sich in Anspruch nimmt, Rechtsfragen anhand von Rechtsvorschriften zu entscheiden, lediglich auszusprechen, was im Gesetz, in diesem Fall im Grundgesetz, bereits niedergelegt ist, muß die Frage aufgeworfen werden, ob dieses komplizierte Deutschlandbild im Grundgesetz eine Grundlage findet. Der Umstand, daß der Zweite

---

108) So etwa im Saar-Urteil, BVerfGE 4 S. 166.

Senat die von ihm vertretene Identitätstheorie nicht juristisch begründet, sondern als selbstverständlich hingestellt hat, legt den Schluß nahe, daß das Grundgesetz nicht viel hergibt. Tatsächlich findet sich auch keine Norm, die sich mit dem Status Deutschlands befaßt. Allenfalls kann der Gesamtkonstruktion des Grundgesetzes der Wille des Parlamentarischen Rates entnommen werden, den gesamtdeutschen Staat als den Zusammenbruch überdauernd zu betrachten. Das bringt insbesondere Art. 116 zum Ausdruck, der die deutsche Staatsangehörigkeit regelt und vom Deutschen Reich in den Grenzen von 1937 spricht. Das kommt ferner in den Art. 23 und 146 sowie in der Präambel zum Ausdruck, die das fortbestehende Deutschland zugrunde legen und Ausdruck des provisorischen Charakters der Neuorganisation Westdeutschlands sind. Das wird schließlich durch die Verwendung der Begriffe "Deutsches Volk" und "Deutsche" deutlich.[109] Wenn auch keine Bestimmung den Fortbestand des gesamtdeutschen Staates unzweideutig festlegt, so liegt diese Vorstellung dem Grundgesetz doch zumindest zugrunde.

Das kann in Bezug auf die Identitätstheorie kaum gesagt werden. Wenn dem Grundgesetz in diesem Zusammenhang überhaupt etwas zu entnehmen ist, so spricht das nicht für, sondern gegen diese Konstruktion. Das gilt etwa für Art. 23, der das deutsche Gebiet umschreibt, in dem deutsche Staatsgewalt zunächst effektiv wird. In anderen Teilen Deutschland kann sie erst "nach deren Beitritt" zum Grundgesetz effektiv werden. Der Umstand, daß die durch das Grundgesetz wieder errichtete deutsche Staatsgewalt räumlich beschränkt ist und nur nach Beitritt anderer Teile ausgedehnt werden kann, besagt zugleich, daß der gesamtdeutsche Staat zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Grundgesetzes mangels Vorhandensein einer gesamtdeutschen Staatsgewalt nach wie vor handlungsunfähig war. Bis zur Wiedererreichung der Handlungsfähigkeit des gesamtdeutschen Staates sollte gemäß Art. 23 also in einem Teil Deutschlands deutsche Staatsgewalt ausgeübt werden.

---

109) Vergl. die Terminologie in den allen Deutschen gewährten Grundrechten, Art. 1 bis 19 des Grundgesetzes.

Aus der erforderlichen Mitwirkung anderer Teile Deutschlands ergibt sich zwangsläufig, daß das Grundgesetz dort nicht automatisch Geltung gewinnen kann.

Anders die Identitätstheorie, die davon ausgeht, daß das fortbestehende Deutschland nicht handlungsunfähig, die durch das Grundgesetz etablierte Staatsgewalt vielmehr gesamtdeutsche Staatsgewalt ist. Wenn zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Deutschen Reich in den Grenzen von 1937 Identität besteht und die Geltung des Grundgesetzes lediglich wegen entgegenstehender Machtverhältnisse nur vorläufig auf einen Teil Deutschlands beschränkt ist, so ist in dieser Aussage notwendigerweise enthalten, daß es des Beitritts anderer Länder zum Geltungsbereich des Grundgesetzes nicht bedarf, um dort deutsche Staatsgewalt effektiv werden zu lassen. Vielmehr käme es allein auf die Beseitigung der entgegenstehenden Machtverhältnisse an, um dem Grundgesetz in anderen Teilen Deutschlands automatisch Geltung zu verschaffen. Während Art. 23 also von einem fortbestehenden Deutschland, jedoch von einer nicht vorhandenen gesamtdeutschen Staatsgewalt ausgeht, legt die Identitätstheorie nicht nur den fortbestehenden deutschen Staat, sondern darüber hinaus auch eine gesamtdeutsche Staatsgewalt zugrunde. Zwei Konstruktionen, die schwerlich miteinander in Einklang zu bringen sind.

Ebenso läßt es Art. 146 zweifelhaft erscheinen, ob sich die Identitätstheorie aus dem Grundgesetz ableiten läßt. Danach verliert das Grundgesetz seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volk in freier Entscheidung beschlossen worden ist. Damit wird auf die Wiedervereinigung der getrennten Teile Deutschlands hingewiesen; dieses wiedervereinigte Deutschland bedarf einer neuen Verfassung, da der fortbestehende deutsche Staat eine solche nach Auffassung des Parlamentarischen Rates nicht hat bzw. die Weimarer Verfassung nicht ohne weiteres übernommen werden sollte. Die Identitätstheorie geht demgegenüber davon aus, daß sich Staatsgebiet und Verfassungsgebiet in dem Moment decken, in dem die Wiedervereinigung erfolgt. Damit

hätte der gesamtdeutsche Staat aber auch eine Verfassung, nämlich das Grundgesetz, so daß kein Anlaß bestünde, eine neue zu beschließen. Zwischen Grundgesetz für einen Teil Deutschlands - im Sinne des Parlamentarischen Rates - und Grundgesetz für Gesamtdeutschland - im Sinne der Identitätstheorie - besteht ein nicht zu überwindender Widerspruch.

Sowohl hinsichtlich der Frage des fortbestehenden Deutschlands wie auch hinsichtlich des Verhältnisses von Westdeutschland und Ostdeutschland zu diesem Gesamtdeutschland und zueinander sind dem Grundgesetz mithin allenfalls Anhaltspunkte zu entnehmen, die noch nicht einmal für die Identitätstheorie sprechen. Der Parlamentarische Rat hatte 1948/49 keinerlei Anlaß, auf dieses schwierige Verhältnis näher einzugehen, da er von einer Wiedervereinigung der verschiedenen Teile Deutschlands in relativ kurzer Zeit ausging. Es ist daher nur zu verständlich, daß das Grundgesetz den Rechtsstatus Deutschlands in keiner Weise präjudiziert hat und richtigerweise auch nicht konnte, da diese Entscheidung weitgehend von den Besatzungsmächten abhing. Diese Frage ist im Grundgesetz nicht geregelt worden.[110] Wenn das Bundesverfassungsgericht sie im Jahre 1957 gleichwohl verbindlich klärte, so ließ es dabei die Warnung außer acht, daß die Deutung der deutschen Gegenwart eine Aufgabe der Erkenntnis eines in Bewegung befindlichen Gegenstandes[111], eine eigentlich politische Entscheidung sei, die noch nicht getroffen worden sei.[112] Oder traf die Feststellung von der Heydtes aus dem Jahre 1954 schon im Frühjahr 1957 nicht mehr zu, daß die Dinge im Zusammenhang mit der Deutschlandpolitik noch im Fluß seien und daher allein der Politiker, nicht der Jurist das letzte Wort haben könne?[113] Waren die Dinge 1957 nicht mehr im Fluß?

---

110) Davon wurde bis zum Spruch des Bundesverfassungsgerichts im Jahre 1957 allgemein ausgegangen; vergl. z.B. die Verhandlungen der deutschen Staatsrechtslehrer zum Thema "Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither", VVDStL Band 13, S. 6 ff.

111) Scheuner EA 1955 S. 8076

112) von der Heydte VVDStL Band 13 S. 23

113) Ebenda

2. Der Alleinvertretungsanspruch der Bundesregierung

In seiner ersten Regierungserklärung vor dem Deutschen Bundestag am 20. September 1949 sprach Adenauer vom "Werden des deutschen Kernstaates" [114]. Den Begriff Bundesrepublik Deutschland verwandte er für diesen Kernstaat noch nicht. Vertauscht man jedoch die Reihenfolge dieses zusammengesetzten Wortes und macht daraus Staatskern, wird deutlich, was Adenauer meinte; denn Kernstaat beinhaltet die Staatlichkeit des Kerns eines Ganzen, Staatskern dagegen die Staatlichkeit des Ganzen, nicht aber des Kerns. Mit Kernstaat war also Westdeutschland gemeint. Schon in seiner ersten Regierungserklärung nahm Adenauer somit von der Vorstellung des Parlamentarischen Rates Abstand. Das war angesichts seiner Einschätzung, daß der östliche Teil Deutschlands bis auf weiteres verloren sei, nur folgerichtig. Für Adenauer galt es, Westdeutschland so schnell wie möglich als gleichberechtigten Partner in Westeuropa zu integrieren. Das setzte aber die Staatlichkeit voraus.

Einen Monat später, als Reaktion auf die ostdeutsche Staatsgründung durch die Volkskammer, konkretisierte Adenauer seine Vorstellung dann auch in diesem Sinne. Der Kernstaat wurde nunmehr als Bundesrepublik Deutschland, bestehend aus den drei Westzonen, bezeichnet. Gleichzeitig erinnerte er jedoch daran, daß Deutschland gemäß dem Potsdamer Abkommen auch nach dem Zusammenbruch als politische und wirtschaftliche Einheit betrachtet worden sei. Bis zur Erreichung der deutschen Einheit sei die Bundesrepublik Deutschland die alleinige legitimierte staatliche Organisation des deutschen Volkes, weil allein sie auf dem freien Willen der Bevölkerung beruhe.[115] Damit war der Alleinvertretungsanspruch der Bundesregierung geboren, d.h. Ostdeutschland wurde weder als Ausland noch als Staat anerkannt. Die westdeutschen Organe nahmen daher das Recht für sich in Anspruch, allein legitimiert zu sein, die Interessen des deutschen Volkes wahrzunehmen. In welchem

---

114) BT, 1. WP, 5. Sitzung S. 22
115) BT, 1. WP, 13. Sitzung S. 308

Verhältnis westdeutscher Kernstaat und ostdeutscher Nichtstaat zu Gesamtdeutschland standen, war allerdings nicht gesagt worden [116]; denn der Hinweis auf das Potsdamer Abkommen besagte lediglich, daß von der Existenz Deutschlands weiterhin auszugehen sei. Was dieses Deutschland war, Staat oder nur geographischer Begriff, welches Gebiet es darüber hinaus umfaßte, blieb offen. Die Formulierung vom "Werden des deutschen Kernstaates" läßt allerdings den Schluß zu, daß Adenauer Deutschland als geographische Bezeichnung verstand; denn ein Staat kann nur werden, wenn er noch nicht vorhanden ist. Jedenfalls war mit dem Alleinvertretungsanspruch die Ablehnung Ostdeutschlands sowohl als Staat als auch als Ausland verbunden.

Die Unklarheit blieb zunächst. Ständig war von "Bundesrepublik Deutschland" als Bezeichnung für Westdeutschland wie auch von "Deutschland" die Rede [117], ohne daß klar ausgesprochen wurde, welches der beiden so bezeichneten Gebilde Staat ist. Ebenfalls wurde auf westdeutscher Seite zwar Verwahrung gegen die Anerkennung der Oder-Neiße-Grenze durch die ostdeutsche Regierung eingelegt [118], gleichwohl blieb ungesagt, welches Territorium Deutschland umfassen sollte. Erst in einer Erklärung der Bundesregierung zur deutschen Souveränität am 4. Mai 1951 wurde expressis verbis ausgesprochen, wovon in Westdeutschland trotz der nicht eindeutigen Wortwahl dennoch allgemein ausgegangen worden war und was der Parlamentarische Rat wiederholt postuliert hatte: "Die territoriale Begrenzung der deutschen Souveränität ergibt sich aus der Tatsache, daß Deutschland innerhalb der Grenzen vom 31. Dezember 1937 nicht aufgehört hat, ein Staat zu sein." [119]

---

116) Körner "Die Wiedervereinigungspolitik" S. 589 kann nicht gefolgt werden, wenn er feststellt, "die Bundesregierung behauptete in einer Erklärung vom 21. Oktober 1949, über die Deutschlandbestimmungen des Grundgesetzes hinausgehend, die Bundesrepublik sei mit dem völkerrechtlich fortbestehenden Deutschen Reich identisch". Von Identität war weder in der Regierungserklärung vom 21. Oktober 1949 noch sonstwo zu dieser Zeit die Rede.

117) Vergl. etwa die Erklärung Adenauers vom 13. Juni 1950 zum Beitritt Westdeutschlands zum Europarat, BT, 1. WP, 68. Sitzung S. 2459 ff.

118) Z.B. in einer gemeinsamen Erklärung aller Parteien - mit Ausnahme der KPD -, aaO S. 2457 f.

119) AdG 1951 S. 2926

Diese Erklärung machte nicht nur den Standpunkt der Bundesregierung zum Fortbestand des deutschen Gesamtstaates klar, sondern bedeutete zugleich auch ein Abrücken von Adenauers ursprünglicher Feststellung, die drei Westzonen bildeten den Staat Bundesrepublik Deutschland; denn kein westdeutscher Politiker ging zu der Zeit davon aus, daß es auf deutschem Boden mehr als einen Staat gebe. Wenn jedoch der Gesamtstaat weiterhin existierte, konnte es konsequenterweise keinen Platz für einen Kernstaat Bundesrepublik Deutschland geben. Die Gefahr der Konstruktion Adenauers wurde somit frühzeitig erkannt. Sie widersprach nicht nur dem Willen des Parlamentarischen Rats, sondern hätte darüber hinaus auch nicht die Gründung eines ostdeutschen Staates leugnen können.[120] Zweistaatlichkeit Deutschlands und damit Anerkennung des ostdeutschen Staates konnten nur vermieden werden, wenn einerseits der gesamtdeutsche Staat als fortbestehend zugrunde gelegt und andererseits auch Westdeutschland als Nichtstaat begriffen wurde. Schließlich wurde mit dieser Erklärung auch gesagt, welches Gebiet Deutschland umfaßte. Der Hinweis auf die Grenzen vom 31. Dezember 1937 war die Anerkennung der durch die Besatzungsmächte gesetzten Fakten. Sie gingen nämlich in der Deklaration I vom 5. Juni 1945 von eben diesem Gebietsstand aus.[121]

Um Westdeutschland gleichwohl wie einen Staat behandeln zu können, bedurfte es einer Konstruktion, die es erlaubte, vom fortbestehenden deutschen Gesamtstaat zu reden, Westdeutschland als Staat jedoch zu meinen. Diesen Zweck erfüllte die von der Bundesregierung erstmals 1952 anläßlich des Verfassungsrechtsstreits im Zusammenhang mit der EVG vertretene These von der Identität zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Gesamtdeutschland.[122] Erst zu diesem Zeitpunkt

120) Ebenso Adolf Arndt "Der deutsche Staat als Rechtsproblem" S. 11.

121) "Dokumentation zur Deutschlandfrage" I S. 27; vergl. zum Ursprung und zur Problematik der territorialen Fixierung nach dem Stand vom 31. Dezember 1937 Rabl "Die gegenwärtige völkerrechtliche Lage der deutschen Ostgebiete" S. 86 ff, aber auch Lehmann PuZ 1976 B 43 S. 21 ff.

122) Vergl. oben S. 54. Die Bundesregierung behauptete 1954 - Drucksache II/1062 S. 8 -, daß sie diesen Standpunkt bereits in einer die Saar betreffenden Note vom 5. Mai 1950 zum Ausdruck gebracht habe. Diese Note ist weder in den Archiven der Bundesregierung bzw. des Auswärtigen Amtes noch im Bundesarchiv in Koblenz auffindbar. Angesichts der wenig klaren Sprache in den ersten beiden Jahren nach Verabschiedung des

wurde Westdeutschland erstmalig als Staatskern des fortbestehenden deutschen Staates definiert, der die Staatlichkeit Gesamtdeutschlands nach außen verkörpere.[123] Die Identitätstheorie war also nichts anderes als die staatsrechtliche Absicherung des Alleinvertretungsanspruchs. Sie entsprach sowohl dem politischen Anspruch, als einziger Teil Deutschlands legitimiert zu sein, die Interessen des Gesamtstaates wahrzunehmen, als auch der politischen Forderung gegenüber sich selbst und gegenüber dritten Staaten, Ostdeutschland die Anerkennung als Staat zu verweigern. Alleinvertretungsanspruch und Identitätstheorie korrespondierten mithin in der behaupteten Nichtstaatlichkeit Ostdeutschlands.

Vergegenwärtigt man sich den Meinungsstand zum Wesen des deutschen Staates zu diesem Zeitpunkt, so wird offenkundig, warum für eine juristische Erfassung des Verhältnisses Westdeutschlands zu Gesamtdeutschland nur die Auffassung übrigbleiben konnte, die eine Identität der beiden Gebilde annahm. Neben der von Scheuner entwickelten Identitätstheorie[124] und der von Arndt im Wehrstreit vertretenen Theorie, nach der Westdeutschland als Teilorganisation Gesamtdeutschlands aufgefaßt wurde, "die für sich selbst kein Staat war, kein Staat ist und kein Staat wird, solange Deutschland, die Bundesrepublik Deutschland, als Staat besteht" [125], wurde eine weitere Theorie vertreten, die gleichfalls vom Fortbestand Gesamtdeutschlands ausging. In diesem Gesamtdeutschland, quasi unter einem Dach, hätten sich zwei Teilordnungen, Ostdeutschland und Westdeutschland, gebildet. Dabei wurde entweder zugrunde gelegt, daß es sich bei den Teilordnungen um

---

Grundgesetzes sind starke Zweifel angebracht, ob diese Behauptung der Bundesregierung zutreffend ist. Wahrscheinlicher ist, daß sie in dieser Note ihren Alleinvertretungsanspruch mit der bekannten Formel der einzigen legitimierten deutschen Regierung deutlich gemacht hat.

123) In seinen "Erinnerungen 1953 - 1955" S. 171 stellt Adenauer diesen Fragenkomplex dagegen so dar, als habe von Anbeginn Klarheit hinsichtlich des Status Deutschlands und damit auch hinsichtlich der Identitätstheorie geherrscht.

124) DVBl 1950 S. 514 ff

125) "Der Kampf um den Wehrbeitrag" III S. 399. Diese Auffassung vertrat im übrigen auch noch der Ausschuß für Rechtswesen und Verfassungsrecht, vergl. BT, 1. WP, 240. Sitzung S. 11201 f.

echte Staaten handele [126], oder aber die Teilordnungen wurden als Staatsfragmente charakterisiert.[127]

War allen diesen Konstruktionen gemein, daß sie den fortbestehenden deutschen Staat zur Grundlage hatten [128], gingen demgegenüber Kelsen[129] und wohl auch Nawiasky[130] in konsequenter Anwendung ihrer Auffassung, daß das Deutsche Reich mit dem Zusammenbruch am 8. Mai 1945 untergegangen sei, davon aus, daß sich auf deutschem Boden zwei neue Staaten gebildet hätten. Ebenfalls von der Existenz zweier deutscher Staaten ging Reuther aus, allerdings mit dem Unterschied, daß er die Kontinuität des deutschen Staates in der Gestalt Westdeutschlands zugrunde legte und in der Gründung des ostdeutschen Staates eine im Wege der Abspaltung vorgenommene Staatsgründung sah.[131]

Vor dem Hintergrund dieser staatsrechtlichen Konstruktionen Deutschlands im Jahre 1952 konnte allein die Identitätstheorie von der Bundesregierung vertreten werden. Nur sie wurde der politischen Forderung gerecht, daß es auch nach dem Zusammenbruch nur einen deutschen Staat gegeben habe. Ihr wurde aber nicht nur gefolgt, weil sie das juristische Gegenstück des Alleinvertretungsanspruchs war, sondern weil sie darüber hinaus das Problem der Staatlichkeit Westdeutschlands in zufriedenstellender Weise löste. Wenn die Bundesrepublik Deutschland und Gesamtdeutschland nach Auffassung der Bundesregierung nämlich identisch waren, war Gesamtdeutschland tatsächlich gar nicht handlungsunfähig - wie der Parlamentarische Rat meinte -, vielmehr wurde die gesamtdeutsche Staatsgewalt durch die Organe Westdeutschlands wahrgenommen und erstreckte sich lediglich aufgrund der tatsächlichen Herrschaftsverhältnisse nicht auf das gesamte deutsche Staatsgebiet.

---

126) von der Heydte "Deutschlands Rechtslage" S. 333
127) Abendroth AöR 1950/51 S. 20 ff
128) Von einer Bezeichnung der verschiedenen Theorien wird bewußt Abstand genommen, da sich bis heute keine einheitliche Terminologie herausgebildet hat. So verwendet z.B. Menger - Der Staat 1962 S. 12 - den Begriff Kernstaattheorie für die Konstruktion, die bei Schuster "Deutschlands staatliche Existenz" S. 84 f Staatskerntheorie heißt.
129) "Principles of International Law" S. 263
130) aaO S. 10 f
131) "Bundesrepublik Deutschland und Deutsches Reich" S. 104 ff

Obwohl Westdeutschland kein Staat war, konnte es also gleichwohl als Staat auftreten, nämlich als der den gesamtdeutschen Staat verkörpernde westdeutsche Staat.

Diese Konstruktion entsprach schließlich auch der allgemeinen deutschlandpolitischen Konzeption Adenauers, die im Kampf um den Wehrbeitrag deutlich geworden war. Wie zunächst Westdeutschland Teil der freien westlichen Welt sein sollte, so sollte das später auch für ein wiedervereinigtes Deutschland gelten.[132] Anders ausgedrückt: Die Wiedervereinigung sollte nach der Vorstellung Adenauers im Wege des Anschlusses Ostdeutschlands an den durch Westdeutschland verkörperten gesamtdeutschen Staat erfolgen. Entsprechend war die Diktion im Zusammenhang mit der Wiedervereinigung Deutschlands, wo vom Freigeben der Sowjetzone durch die Sowjetunion [133], vom Wiederbekommen Berlins und des deutschen Ostens die Rede war.[134] Freigegeben bekommen bzw. wiederbekommen kann man nur etwas, was einem gehört. Eben diese possessive Haltung der Bundesregierung implizierte die Identitätstheorie. Mit ihr konnte auf elegante Weise der Zweistaatlichkeit Deutschlands entgegengetreten werden, noch dazu mit der erfreulichen Nebenwirkung der Quasistaatlichkeit Westdeutschlands.

Die Äußerungen von Regierung, regierungsamtlicher Seite sowie die Regierung unterstützenden Politikern ließen in der Folgezeit gleichwohl Zweifel aufkommen, ob die Identitätstheorie das letzte Wort von politischer Seite war. Das galt vor allem für die ständig wiederholte Formel, die Regierung der Bundesrepublik Deutschland sei die einzige deutsche Regierung, die frei und rechtmäßig gebildet und daher berechtigt sei, für Deutschland als Vertreterin des deutschen Volkes in internationalen Angelegenheiten zu sprechen.[135] Aus dieser Formulierung läßt sich im Umkehrschluß ohne weiteres entnehmen,

---

132) Abg. Strauß (CDU/CSU) brachte das auf die prägnante Formel: "Über die Einheit Europas zur Wiedervereinigung Deutschlands!"; vergl. BT, 1. WP, 190. Sitzung S. 8125.

133) BT, 1. WP, 221. Sitzung S. 9799

134) BT, 1. WP, 190. Sitzung S. 8106

135) Diese Sprachregelung galt seit Inkrafttreten der ostdeutschen Verfassung; vergl. dazu Adenauer BT, 1. WP, 13. Sitzung S. 308.

daß es neben der westdeutschen Regierung eine zweite deutsche Regierung gab - der es allein an der demokratischen Legitimation mangelte - und damit auch einen zweiten deutschen Staat, als deren Organ die ostdeutsche Regierung auftrat.[136]

Ebenso mißverständlich war die Formulierung, daß es einzig und allein die Organe der Bundesrepublik Deutschland seien, die den niemals untergegangenen deutschen Staat verträten.[137] Die Vertretung setzt zwei voneinander unabhängige Subjekte voraus, was die Identitätstheorie aber ausschließt. Nach dieser Identitätstheorie vertreten die Organe Westdeutschlands den deutschen Staat nicht, sondern stellen dessen Staatsgewalt dar. Von Vertretung hätte nur die Rede sein können, wenn von der Vorstellung ausgegangen worden wäre, daß neben den Organen Westdeutschlands handlungsunfähige gesamtdeutsche Organe exisitierten. Genau das verneint die Identitätstheorie.

In die Reihe mißverständlicher Äußerungen, die vor der endgültigen Festlegung durch das Bundesverfassungsgericht erfolgten, gehörten auch jene des damaligen Leiters der Politischen Abteilung des Auswärtigen Amtes Grewe - der im übrigen maßgeblich am Zustandekommen der EVG- und Pariser Verträge beteiligt war -, "daß die Bundesregierung berufen ist, in den internationalen Beziehungen ... Gesamtdeutschland zu repräsentieren" [138], wie auch jene des CDU-Abgeordneten Kopf, der Westdeutschland als Rechtsnachfolger des deutschen Staates bezeichnete.[139] Der Repräsentant setzt einen Repräsentierten voraus; da die Bundesregierung nach der Identitätstheorie jedoch die Regierung Gesamtdeutschlands darstellen sollte, konnte sie nur deren Organ, nicht aber deren Repräsentant sein. Ebenso ist die Vorstellung von der Rechtsnach-

136) Ebenso Schuster aaO S. 153, Adolf Arndt aaO S. 13.
137) So etwa Adenauer BT, 2. WP, 23. Sitzung S. 794; Grewe "Deutsche Außenpolitik der Nachkriegszeit" S. 75.
138) Grewe aaO S. 100
139) BT, 1. WP, 279. Sitzung S. 13931

folge mit der Identität zwischen westdeutschem Staatsgebilde und Gesamtdeutschland nicht vereinbar; denn Rechtsnachfolge setzt notwendigerweise den Untergang dessen voraus, dem im Recht nachgefolgt wird, hier mithin den Untergang des gesamtdeutschen Staates.

Die Sprachverwirrung wurde letztlich vervollständigt durch den ständig wiederholten Hinweis der Bundesregierung, daß die drei Westmächte den Standpunkt Westdeutschlands unterstützten.Wenn in diesem Zusammenhang auf das New Yorker Kommuniqué vom 19. September 1950 sowie auf das Londoner Schuldenabkommen und den aus diesem Anlaß erfolgten Schriftwechsel zwischen Adenauer und der Alliierten Hohen Kommission aus dem Frühjahr 1951 verwiesen wurde, so konnte diesen Dokumenten einzig entnommen werden, daß die Westmächte den Alleinvertretungsanspruch Westdeutschlands guthießen. Zur Klärung des Status Deutschlands trugen diese Dokumente hingegen nicht bei. Die Formulierung von der einzigen deutschen Regierung, die frei und legitimiert konstituiert worden sei [140], wie auch die Wendung, daß die Bundesrepublik für die Vorkriegsschulden des Deutschen Reiches hafte [141], waren hinsichtlich des Status Deutschlands vielsagend und ließen alle möglichen Interpretationen zu, nur keinen eindeutigen Schluß im Sinne der Identitätstheorie. Wiederholte das New Yorker Kommuniqué lediglich die - ungenaue - westdeutsche Sprachregelung, so konnte aus der Haftung Westdeutschlands für die Vorkriegsschulden Deutschlands jeder die ihm passende Schlußfolgerung ziehen; denn bekanntlich kann man für eigene - das hätte der Identitätstheorie entsprochen - wie auch für Schulden Dritter - das hätte Rechtsnachfolge oder Vertretung vorausgesetzt - haften. Tatsächlich enthielten diese beiden Dokumente zwei sich ausschließende Standpunkte. Während nämlich das New Yorker Kommuniqué von einem fortbestehenden Deutschland ausging, legte das Londoner Schuldenabkommen

140) So im New Yorker Kommuniqué, vergl. "Dokumentation zur Deutschlandfrage" I S. 102.

141) So in dem erwähnten Briefwechsel, vergl. BGBl II 1953 S. 473 und 475.

einen westdeutschen Staat zugrunde. In welchem Verhältnis westdeutscher Staat und Gesamtdeutschland zueinander standen, wurde von den Westmächten wohlweislich nicht gesagt, da sie sich selbst über diese Frage nicht schlüssig waren.[142)]

Daß die Identitätstheorie trotz dieser uneinheitlichen und widersprüchlichen Terminologie gleichwohl seit 1952 der regierungsamtliche Standpunkt war, zeigte sich dann im Streit um den Eintritt Westdeutschlands in die NATO. Die SPD-Opposition hielt nach wie vor daran fest, daß Westdeutschland ein Provisorium sei, daß es nicht als eigener Staat konstituiert, sondern als ein gesamtdeutsches Fragment nur organisiert worden sei; die Pariser Verträge hingegen würden den Staat Westdeutschland zugrunde legen.[143)] Dadurch "wird Westdeutschland als ein Staat anerkannt und verselbständigt und somit als ein anderer und neuer Staat aus dem Staate Deutschlands herausgelöst" [144)]. Regierung wie die sie tragenden Parteien wiederholten demgegenüber den 1952 erstmals mit dem Begriff Identitätstheorie dargelegten Standpunkt: "Trotz der territorialen Beschränkung ihres aktuellen Herrschaftsbereiches fühlt sich die Bundesrepublik als identisch mit dem Deutschen Reich in den Grenzen vom 31. Dezember 1937."[145)] Diese Auffassung wurde dann auch in dem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit dem Saarstatut vertreten [146)], so daß spätestens mit Erlangung der Souveränität Westdeutschlands nicht mehr daran gezweifelt werden konnte, daß die Bundesregierung von der Identität des westdeutschen mit dem gesamtdeutschen Staat ausging. Von den vielen angebotenen staatsrechtlichen Konstruktionen hatte sich die Bundesregierung somit die ihr politisch zweckmäßig erscheinende Identitätstheorie zu eigen gemacht.

---

142) Im Ergebnis ebenso Bathurst/Simpson "Germany and the North Atlantic Community" S. 188 ff.
143) Abg. Carlo Schmid (SPD), BT, 2. WP, 71. Sitzung S. 3825
144) Abg. Adolf Arndt (SPD), BT, 2. WP, 69. Sitzung S. 3620
145) Drucksache II/1062 S. 8
146) BVerfGE 4 S. 166

Der Streit um die staatsrechtliche Konstruktion im Zusammenhang mit den EVG-Verträgen wie auch mit dem Beitritt zur NATO hatte nicht nur theoretischen Charakter, sondern war von der praktischen Frage bestimmt, was geschehe, wenn Deutschland wiedervereinigt werde. Brüsseler Vertrag und Nordatlantikpakt, denen Westdeutschland ohne besondere Kündigungsklausel beitrat, hatten eine Mindestlaufzeit von 50 bzw. 20 Jahren. Legte man zwischen westdeutschem Staatsgebilde und Gesamtdeutschland Identität zugrunde, konnte das nur bedeuten, daß auch ein wiedervereinigtes Deutschland automatisch Mitglied der NATO werden sollte. Die SPD-Opposition machte auf diese Folge unmißverständlich aufmerksam und wandte sich nicht zuletzt aus diesem Grunde gegen den Beitritt Westdeutschlands zur NATO, da mit dieser Festlegung praktisch jede Möglichkeit der Wiedervereinigung ausgeschlossen werde.[147] Wenn demgegenüber von Regierungsseite betont wurde, daß ein wiedervereinigtes Deutschland selbstverständlich nicht an die Einhaltung der Verträge gebunden sei, weil ein wiedervereinigtes Deutschland eine so tiefgreifende Änderung der politischen Situation und der Struktur des deutschen Vertragspartners bringe, die jedem Unterzeichnerstaat die Freiheit der Entscheidung darüber gebe, ob er zu den Verträgen stehe oder sie als überholt ansehen wolle [148], so wurde damit eigentlich nur zum Ausdruck gebracht, was die Opposition behauptete und verhindert wissen wollte: daß Westdeutschland als eigenständiger Staat Mitglied der NATO werden sollte.

Brachte diese Position der Bundesregierung den latenten Widerspruch zwischen Staatlichkeit und Nichtstaatlichkeit Westdeutschlands in aller Klarheit zum Ausdruck, so muß allerdings darauf hingewiesen werden, daß auch der Standpunkt der SPD nicht frei von Unlogik war. Wie die Regierung strebte nämlich auch sie den Abbau des Besatzungsstatuts und die Erlangung der Souveränität an. Angesichts der gegebenen Machtverhältnisse im Osten Deutschlands konnte sich die Erlangung der Souveränität jedoch nur auf Westdeutschland beziehen. Nun wird aber Souveränität keinem Staatsfragment,

147) Vergl. die Ausführungen Abg. Carlo Schmids (SPD) aaO S. 3826.
148) So Abg. Furler (CDU) BT, 2. WP, 69. Sitzung S. 3596.

sondern nur einem Staat gewährt. Das hatte der SPD-Abgeordnete Lütkens klar erkannt. Wenn sich seine Fraktion dennoch von seinen Ausführungen am 16. Oktober 1951 [149], in denen er die Erlangung der Souveränität Westdeutschlands als nicht wünschenswert bezeichnete, eilfertig distanzierte [150], beweist das nur, daß auch die SPD kein schlüssiges Konzept besaß, die deutschen Realitäten mit den deutschen Wünschen in Einklang zu bringen. Beide theoretischen Konstruktionen des deutschen Staates, sowohl die der Regierung wie die der Opposition, hatten somit gemein, daß sie zu ihrer eigenen politischen Praxis in Widerspruch standen.

Die im Streit um die Pariser Verträge von der Bundesregierung zweifelsfrei getroffene Festlegung auf die Identitätstheorie läßt entgegenstehende Äußerungen von Regierungsseite vorher und nachher als eine lediglich ungenaue Wortwahl erscheinen.[151] Diese bisweilen anzutreffende terminologische Ungenauigkeit unterstrich letztlich nur, daß es der politischen Führung Westdeutschlands weniger um den juristischen als vielmehr um den politischen Aspekt ging: um die Durchsetzung ihres Anspruchs, Wahrer der Interessen des deutschen Volkes zu sein, wie auch um die Durchsetzung ihrer politischen Forderung, Ostdeutschland als Staat nicht anzuerkennen. Die juristische Argumentation war lediglich Hilfsmittel, um der politischen Konzeption Adenauers Nachdruck zu verleihen. Das beweist nicht zuletzt die Hallstein-Doktrin, die den Alleinvertretungsanspruch zugleich modifizierte wie auch bestätigte. Ihr Erfinder Grewe meinte in diesem Zusammenhang zutreffend, daß es sich bei der Haltung Westdeutschlands gegenüber Ostdeutschland nicht in erster Linie um eine juristische Frage, sondern in der Tat um eine politische Frage handele; die Anerkennung des ostdeutschen Staates sei ausgeschlossen, weil sie einerseits gegen das Ziel auf Wiedervereinigung Deutschlands in Freiheit, andererseits gegen die Interessen der Bündnispartner verstoßen würde, die sich zur Erreichung eben dieses Zieles Westdeutschland gegenüber

149) BT, 1. WP, 168. Sitzung S. 6930
150) Abg. Ollenhauer (SPD), aaO S. 6945 f
151) Ebenso Schuster aaO S. 152 ff.

verpflichtet hätten.[152] Das entsprach zwar dem der Identitätstheorie immanenten Postulat nach Nichtanerkennung Ostdeutschlands als Staat, hinderte die Bundesregierung jedoch nicht, in der politischen Praxis davon abzuweichen; denn die Aufnahme diplomatischer Beziehungen mit der Sowjetunion unter gleichzeitiger Inkaufnahme von diplomatischen Beziehungen zwischen der Sowjetunion und Ostdeutschland widersprach diesem Postulat, da sie praktisch einer Anerkennung eines zweiten deutschen Staates gleichkam. Was im Kampf um den Wehrbeitrag bereits deutlich zutage getreten war, wurde durch die Hallstein-Doktrin einmal mehr bewiesen: Das Recht diente Adenauer nur insoweit, als es ihm politisch nützlich erschien.

Wie die Hallstein-Doktrin so war auch der Anschluß des Saarlandes an Westdeutschland keinesfalls Ausdruck der Umsetzung der Identitätstheorie in die politische Praxis; denn danach hätte das Grundgesetz im Saarland nach Beendigung der französischen Besetzung und nach Abtreten der Regierung Johannes Hoffmanns automatisch gelten müssen. Statt dessen wurde sowohl vom Saarland als auch von Westdeutschland der Beitritt zum Grundgesetz beschlossen.[153]

Trotz der Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis hatte sich der Standpunkt der Regierung mit der Souveränitätserlangung Westdeutschlands gleichwohl durchgesetzt.[154] Der Status Deutschlands war danach kaum mehr Thema der politischen Auseinandersetzung, was nicht zuletzt daran lag, daß die SPD-Opposition - im Gegensatz zu den EVG-Vertragsgesetzen, als es um dieselbe Problematik ging - außerstande war, den Streit um den Beitritt zur NATO vor das Bundesverfassungsgericht zu tragen; denn sie verfügte im 2. Deutschen Bundestag nicht über das notwendige Quorum von einem Drittel der Abgeordneten, so daß sie rein formal nicht in der Lage

---

152) Bulletin 1955 S. 1993. Vergleiche zur Hallstein-Doktrin im übrigen End "Zweimal deutsche Außenpolitik" S. 36 ff.

153) BGBl I 1956 S. 1011

154) Adolf Arndt, der eigentliche Widersacher der Bundesregierung in dieser Frage, sprach später von einer "ideologischen Unterwanderung des Grundgesetzes", nachdem er sich resignierend mit der politischen Wirklichkeit abgefunden hatte; vergl. aaO S. 9 und 46.

war, in Karlsruhe vorstellig zu werden.[155] Was die Identitätstheorie betrifft, waren die Dinge zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Frühjahr 1957 auf politischer Ebene also nicht mehr "im Fluß".

3. Rechtsschöpfung statt Rechtsprechung

Vergleicht man die Entwicklung der Auffassungen zum Status Deutschlands auf politischer und verfassungsgerichtlicher Ebene, wird eine, wenn auch zeitlich verschobene, Parallelität sichtbar. Das Gericht stellte definitiv jeweils nur das fest, was auf politischer Ebene unstreitig bzw. entschieden war. Zwar hatte die Bundesregierung im Zusammenhang mit dem EVG-Verfahren bereits in der zweiten Hälfte des Jahres 1952 die Identitätstheorie vertreten, jedoch war diese Konstruktion in der politischen Auseinandersetzung zu jener Zeit nur eine von mehreren möglichen, die vor allem von der Opposition heftig bekämpft wurde. Zumal die widersprüchlichen Äußerungen von Regierungsseite, die von Vertretung über Repräsentanz bis zur Rechtsnachfolge des Deutschen Reiches durch Westdeutschland reichten, trugen zur Unklarheit des westdeutschen Standpunktes bei. Dieser Unklarheit auf der politischen Ebene bis zur Erlangung der westdeutschen Souveränität entsprachen die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts, die bis dahin nur Unstreitiges beinhalteten - Ostdeutschland sei kein Ausland, der gesamtdeutsche Staat bestehe fort -, zu der politisch umstrittenen Identitätstheorie jedoch nichts enthielten.

Erst nachdem die Entscheidung für die Wiederaufrüstung Westdeutschlandes gefallen war, war auch der Streit um die Konstruktion Deutschlands politisch endgültig entschieden; denn Streitkräfte und der damit zum Ausdruck kommende Wille zur Selbstverteidigung waren sichtbare Zeichen eines Staates,

---

155) Daß die SPD gleichwohl an den Weg nach Karlsruhe gedacht hatte, hatte der Abg. Greve hinreichend deutlich gemacht, als er die Verfassungsmäßigkeit der Pariser Verträge in der zweiten Lesung bezweifelte: "Ich habe Ihnen ja gesagt, daß meine Ausführungen eine Kritik an den Verträgen bedeuten, aber nicht den ersten Schritt zu einer Klage beim Verfassungsgericht in Karlsruhe. Welche Maßnahmen dazu notwendig sind, das müssen Sie uns allein überlassen." Vergl. BT, 2. WP, 71. Sitzung S. 3840.

nicht irgendeines Gebildes. Staatlichkeit Westdeutschlands und Fortbestehen des einen deutschen Gesamtstaates waren nur mit Hilfe der Identitätstheorie zu vereinbaren. Nach dem Beitritt Westdeutschlands zur NATO mußte die politische Auseinandersetzung um diese Theorie somit angesichts der politischen Fakten zwangsläufig ihr Ende finden. Das Bundesverfassungsgericht stellte im Jahre 1957 also wiederum nur fest, was auf politischer Ebene zu jenem Zeitpunkt nicht mehr umstritten war.

Nun sind die jeweils recht kurzen Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zum Status Deutschlands allerdings nicht nur auf den Umstand zurückzuführen, daß sie Unstrittiges beinhalteten. Vielmehr liegt diese Kürze darin begründet, daß der Status Deutschlands im Grundgesetz nicht geregelt ist, d.h. das Gericht konnte sich seiner eigentlichen Aufgabe nicht widmen, Normen anzuwenden und sie im Zweifelsfall auszulegen. Vielmehr handelte es sich um Rechtsschöpfung durch das Bundesverfassungsgericht. Hier liegt der Kern für die Zurückhaltung des Gerichts im Zusammenhang mit dem Status Deutschlands. Selbst die Entscheidung aus dem Jahre 1957 war Ausdruck dieser Zurückhaltung und keineswegs eine bewußt politische Einflußnahme des Gerichts; denn sie schrieb lediglich fest, was politisch scheinbar endgültig war. Bei dieser Festschreibung übersah das Gericht allerdings, daß die Dinge im Zusammenhang mit der deutschen Frage auch im Jahre 1957 tatsächlich immer noch im Fluß waren. Die Festlegung der westdeutschen Politik auf die Identitätstheorie konnte ja nicht die fortbestehende Teilung des ehemaligen Deutschen Reiches leugnen. Anders ausgedrückt: Die Identitätstheorie war ein politischer Anspruch, der nicht darüber hinwegtäuschen konnte, daß die endgültige Lösung des Deutschlandproblems, und zwar sowohl in politischer als dann auch in rechtlicher Sicht, nur die vollendete Teilung oder Wiedervereinigung sein konnte.[156] Die eigentlich politischen Entscheidungen, auf denen der Jurist

156) Darauf war in der Diskussion um die verschiedenen möglichen Konstruktionen wiederholt hingewiesen worden; vergl. von der Heydte "Der deutsche Staat" S. 24.

erst aufbauen kann, harrten also auch noch im Jahre 1957 einer Lösung. Aus der Verkennung dieser Tatsache und der damit verbundenen Verwechslung des Bundesverfassungsgerichts zwischen politischem Anspruch und politischer Realität erwuchs das verfassungsrechtlich festgeschriebene Deutschlandbild im Sinne der Identitätstheorie.

Dieser Widerspruch zwischen Anspruch und Realität hatte ein merkwürdiges Ergebnis zur Folge. Normalerweise haben Urteile des Bundesverfassungsgerichts in dem Sinne befriedenden Charakter, als sie einen bis dahin bestehenden Meinungsstreit, sowohl auf politischer als auch auf wissenschaftlicher Ebene, letztverbindlich entscheiden und diese Entscheidungen auch akzeptiert werden. Für die Bundesregierung tauchte das Problem des Akzeptierens in diesem Fall nicht auf, da das Bundesverfassungsgericht ohnehin nur ihren Standpunkt übernommen hatte,und die Opposition widersetzte sich nach dem Beitritt Westdeutschlands zur NATO nicht mehr ernsthaft der Identitätstheorie. In der Wissenschaft hingegen wurde die Diskussion um den Status Deutschlands durch das Konkordats-Urteil keineswegs beendet. Man beschränkte sich nicht darauf, die Aussage des Gerichts zu kritisieren und dann von ihr - überzeugt oder nicht - als von einer zukünftig zugrunde zu legenden Tatsache auszugehen, sondern setzte die Diskussion unvermindert fort.

Wenn angesichts der eindeutigen Haltung des Bundesverfassungsgerichts zur Identität und Kontinuität nach 1957 gleichwohl eine Fülle von Theorien zur Rechtslage Deutschlands entwickelt wurde [157], läßt sich das nur darauf zurückführen, daß die Unhaltbarkeit der Identitätsthese mit zunehmender Dauer der deutschen Teilung immer deutlicher zutage trat. Die täglich spürbarer werdende Zweistaatlichkeit Deutschlands konnte durch

157) Schuster aaO S. 77 ff hat diese Theorien ausführlich dargestellt, die sämtlich von drei verschiedenen Grundmustern ausgehen, jedoch die unterschiedlichsten Variationen erfahren. Diese Grundmuster sind: a) Einstaat-Theorie, b) Zwei-Staaten-Theorie, c) Drei-Staaten-Theorie. Nach a) gibt es nur einen fortbestehenden deutschen Staat, nach b) zwei voneinander unabhängige deutsche Staaten, nach c) zwei Staaten unter dem Dach des fortbestehenden gesamtdeutschen Staates.

noch so begründete Theorien vom Wesen des Staates nicht ungeschehen gemacht werden. Das gilt sowohl für die juristische Drei-Elementen-Theorie als auch für die politisch begründeten Merkmale eines Staates wie Legitimität, Souveränität oder Autochthonsein der Staatsgewalt.

Hier ist nicht der Ort, auf die Vielfalt der Staatstheorien einzugehen.[158] Unstreitig ist zumindest, daß es im Bereich der internationalen Beziehungen keine allgemein gültige Definition des Staates, der in erster Linie ein soziologisches und kein rechtliches Gebilde ist, gibt; das gilt vor allem im Hinblick auf Staatsgründungen.[159] So nimmt es nicht wunder, daß weder die vom Bundesverfassungsgericht zugrunde gelegte juristische Drei-Elementen-Theorie noch das von der Bundesregierung immer wieder verwendete politische Argument der fehlenden Legitimität der ostdeutschen Regierung geeignet waren, die Entwicklung zweier Staaten auf deutschem Boden zu vereiteln. Das gilt ebenso für Versuche, das Problem zweier deutscher Staaten mit Merkmalen wie "souverän" und "autochthon"[160] zu lösen. Sind die zuletzt genannten Merkmale lediglich subjektive Wertungen und damit politische Urteile, so ist die Drei-Elementen-Theorie ebenso wenig in der Lage, mehr als nur eine Vermutung für das Vorhandensein eines Staates abzugeben. Schon die Tatsache, daß mit dieser Theorie das Fortbestehen eines Staates trotz offenkundig andauernder fehlender Staatsgewalt begründet, andererseits das Bestehen eines Staates trotz Vorhandensein der geforderten drei Elemente geleugnet werden kann, ist Beweis für die Relativität ihrer Aussagekraft. Das gleiche gilt für die Merkmale der Legitimität, Souveränität und des Autochthonseins. Vielen jungen afrikanischen Staaten dürfte zweifellos wegen mangelnder Legitimität, den beiden deutschen Staaten wegen mangelnder Vollsouveränität keine Staatlichkeit zugesprochen werden. Schließlich stellt sich bei der zunehmenden Verflochtenheit der Staaten untereinander die Frage, wo das Autochthonsein

158) Dazu Berger "Lehrbuch des Völkerrechts" S. 114 ff, Schuster aaO S. 31 ff.
159) Vocke EA 1957 S. 10201
160) Diese Merkmale fordert insonderheit Schuster aaO S. 39. Dabei bedeutet "autochthone Staatsgewalt" Eigenherrschaft im Gegensatz zur Fremdherrschaft; vergl. aaO S. 56 f.

beginnt bzw. wo es aufhört.

So wenig das Staat-Sein von der Anerkennung durch andere Staaten abhängt, so wenig haben darauf theoretische Konstruktionen Einfluß. Maßgeblich für das Vorhandensein eines Staates ist zuvörderst die politische Wirklichkeit, die sich darin ausdrückt, daß in einem fest umrissenen Gebiet über die dort wohnende Bevölkerung durch eine effektive Organisation in umfassender Weise Macht ausgeübt wird und die so definierte Staatsorganisation den Willen zum Staat-Sein manifestiert.[161] Wie die Effektivität der Staatsgewalt in Gesamtdeutschland vom Zusammenbruch bis zur Verabschiedung des Grundgesetzes und der Verfassung Ostdeutschlands nicht geleugnet werden konnte - wenn es sich dabei auch nicht um durch deutsche Organe, sondern um durch die Alliierten ausgeübte deutsche Staatsgewalt handelte -, so wenig konnte die je effektive Staatsgewalt in Westdeutschland und Ostdeutschland nach Verabschiedung des Grundgesetzes und nach Inkrafttreten der ostdeutschen Verfassung bestritten werden. Entscheidend war somit allein, ob diese beiden Organisationen den Willen hatten, Staat zu sein. Dieser Wille war aus beiden Verfassungen nicht zu entnehmen, da sich beide deutschen Gebilde zunächst als Teil des fortbestehenden Gesamtdeutschlands verstanden. Um diesen Willen zum Staat-Sein wurde dann in Westdeutschland bis zur Erlangung der Souveränität erbittert gerungen. Spätestens im Jahre 1955, als beide Teile Deutschlands ihre Souveränität erhielten, manifestierten sie auch ihren Willen, Staat zu sein. Letztlich lag dem Streit um Identität und Nichtidentität zwischen westdeutschem und gesamtdeutschem Staat also die Frage nach der Staatsbejahung Westdeutschlands zugrunde.

---

161) Von dem Grundsatz der Effektivität wird allgemein ausgegangen, und zwar sowohl von soziologischer als auch von rechtlicher Warte aus; vergl. etwa Max Weber "Wirtschaft und Gesellschaft" S. 822, Bieberstein "Zum Problem der völkerrechtlichen Anerkennung der beiden deutschen Regierungen" S. 37 ff.

Die Nichtanerkennung des ostdeutschen Staates durch die westdeutschen Politiker war von Erwägungen der politischen Zweckmäßigkeit geleitet. Sie wollten die sich nach dem Krieg anbahnende Zweistaatlichkeit verhindern. Es war somit politisch vertretbar und legitim, Realitäten zu ignorieren, um die Überwindung dieser Realitäten nicht durch vorzeitige Anerkennung zweier deutscher Staaten zu erschweren. Der politische Anspruch der Bundesregierung, die Staatsgewalt des einzigen, fortbestehenden deutschen Staates auszuüben, hätte in dem Moment aufgegeben werden können, in dem die politische Wirklichkeit und der politische Anspruch allzu weit auseinandergelegen hätten, d.h. wenn sich der Wahrheitsgehalt der mit dem Alleinvertretungsanspruch behaupteten Realität tatsächlich als Unwahrheitsgehalt herausgestellt hätte. Dieser Zeitpunkt war für den Realisten Adenauer spätestens im Frühjahr 1958 gekommen, als er den Sowjets den Vorschlag einer Österreich-Lösung für Ostdeutschland unterbreitete.[162] Nach der Ablehnung dieses Vorschlages trat an seine Stelle in den Jahren 1959/60 der Globke-Plan[163], der wie die Österreich-Lösung das Bestehen zweier deutscher Staaten zugrunde legte. Diese der deutschen Öffentlichkeit damals weitgehend unbekannt gebliebenen Aktivitäten Adenauers zeigen, daß die Identitätstheorie für ihn nichts ewig Gültiges, sondern lediglich ein Instrument war, auf das bei Veränderung der politischen Verhältnisse durchaus hätte verzichtet werden können.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1957 machte diesen denkbaren Verzicht allerdings praktisch unmöglich. Da seine Entscheidungen alle Verfassungsorgane binden, war der Alleinvertretungsanspruch der Bundesregierung nunmehr in den Rang einer Verfassungsnorm gehoben worden, die so lange Geltung haben mußte, wie das Gericht nicht Gelegenheit bekam - und sich dann auch bereit fand -, von seiner einmal eingenommenen Position wieder abzugehen. Davon konnte unter Berücksichtigung des auch das Bundesverfassungs-

162) Gotto "Adenauers Deutschland- und Ostpolitik 1954-1963" S. 34 ff
163) Die beiden Fassungen des Globke-Plans sind abgedruckt in:"Adenauer-Studien" III S. 202 ff. Vergl. dazu auch Gotto aaO S. 49 ff.

gericht verpflichtenden Prinzips der Kontinuität der Rechtsprechung jedoch kaum ausgegangen werden. Wenn auch das Motiv dieser Rechtsprechung anzuerkennen war - die politische Deutschlandkonzeption juristisch abzusichern -, so mußte sie gleichwohl insofern bedenklich erscheinen, als im Zusammenhang mit der Deutschlandpolitik zukünftig alles Handeln und Planen westdeutscher Politiker von der nunmehr durch das Bundesverfassungsgericht sanktionierten Staatskonzeption auszugehen hatte, wollten sie sich nicht dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit aussetzen.[164] Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und Bundesregierung war somit für den Zeitpunkt vorprogrammiert, an dem der Alleinvertretungsanspruch aufgegeben würde.

IV. Berlin

Die Identitätstheorie war in politischer wie in juristischer Sicht geeignet, die Behauptung vom Fortbestand des gesamtdeutschen Staates mit der Quasistaatlichkeit Westdeutschlands in Übereinstimmung zu bringen. Keine Antwort gab diese Konstruktion hingegen auf die Frage, welche Gebiete Deutschlands zum westdeutschen Kernstaat bzw. Staatskern gehörten, genauer: zum Geltungsbereich des Grundgesetzes. Die Antwort auf die Frage nach dem Geltungsbereich des Grundgesetzes war insofern unproblematisch, als das Grundgesetz in den in der Präambel aufgeführten Ländern gelten sollte, d.h. in jenen von den Westmächten besetzten Gebieten, die nach deren Willen in einem westdeutschen Staat aufgehen sollten. Das Saarland wie auch Ostdeutschland schieden von vornherein aus den Überlegungen des Parlamentarischen Rates aus, da die später so bezeichneten entgegenstehenden Machtverhältnisse eindeutig waren. Nicht so eindeutig lagen diese Verhältnisse in Berlin. Wie

---

164) So konnte der damalige Legationsrat im Auswärtigen Amt Rumpf ohne Widerspruch feststellen: "..., eins ist sicher: die auch von der Bundesregierung bejahte Konzeption des BVG von der Rechtslage Deutschlands und die Pflicht, Deutschland in Freiheit wiederzuvereinigen, schließen Verhandlungen Bonns mit Pankow oder gar Konföderationspläne, die nur der Anerkennung des zweiten deutschen Staates dienen, nicht nur politisch, sondern auch rechtlich aus." Vergl. Bulletin 1957 S. 483. Wohl auch aus diesem Grund gelangten die Österreich-Lösung Adenauers sowie der Globke-Plan nicht an die deutsche Öffentlichkeit.

beim Status Deutschlands fühlte sich das Bundesverfassungsgericht auch hier berufen, Stellung zu beziehen. Bevor darauf jedoch eingegangen wird, soll zunächst skizziert werden, welchen Status Berlin zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Grundgesetzes hatte, da sowohl die Berlin-Rechtsprechung als auch die Berlin-Politik Westdeutschlands nur vor diesem Hintergrund gewürdigt werden können.

1. Besondere Besatzungszone

Bereits im Jahre 1944, vor Ende des Krieges, einigten sich die Alliierten über das Schicksal Deutschlands. In einem Protokoll zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika, Großbritannien und der Sowjetunion wurde am 12. September 1944 vorgesehen, Deutschland nach Beendigung des Krieges zum Zwecke der Besetzung in drei Zonen einzuteilen, deren je eine der drei Mächte zugewiesen werde, und ein besonderes Berliner Gebiet, das gemeinsam von den drei Mächten besetzt werde. Entsprechend der Festlegung der drei Besatzungszonen - Ostzone, Nordwestzone und Südwestzone - wurde trotz der beabsichtigten gemeinsamen Besetzung Berlins auch für diese Stadt eine Dreiteilung vorgesehen.[165] Am 14. November 1944 wurde in einem Zusatzprotokoll eine Modifizierung der Besatzungszonen vorgenommen sowie ein Abkommen über den Kontrollmechanismus in Deutschland von den drei Mächten unterzeichnet.[166] Danach sollte die oberste Gewalt in Deutschland auf Weisung ihrer jeweiligen Regierungen von den Oberbefehlshabern der militärischen Streitkräfte der Vereinigten Staaten, Großbritanniens und der UdSSR ausgeübt werden, und zwar von jedem in seiner eigenen Besatzungszone , darüber hinaus aber auch gemeinsam in den Deutschland als Ganzes betreffenden Angelegenheiten als Mitglieder des obersten Kontrollorgans, des Kontrollrats. In Bezug auf Berlin hieß es dagegen: "Eine interalliierte Regierungsbehörde (Kommandantura)

165) "Dokumentation zur Deutschlandfrage" I S. 6 f
166) aaO S. 8 ff und 10 ff

aus drei Kommandanten, von jeder Macht einer, die von den betreffenden Oberkommandierenden ernannt werden, wird eingerichtet, um gemeinsam die Verwaltung des Gebietes von Groß-Berlin zu leiten. Jeder der Kommandanten wird abwechselnd, als Chefkommandant, als Leiter der interalliierten Regierungsbehörde fungieren."[167]

Sowohl dem Protokoll vom 12. September 1944 als auch den beiden Vereinbarungen vom 14. November 1944 waren Karten beigefügt, auf denen die verschiedenen Besatzungszonen durch eine rote Markierung voneinander abgegrenzt sind. Ganz Berlin oder Groß-Berlin ist auf diesen Karten - wie die anderen Besatzungszonen - ebenfalls von einer roten Markierung eingefaßt.[168] Die Vereinbarungen vom September und November 1944 wie auch die beigefügten Karten zeigen somit, daß die Alliierten schon vor Kriegsende darüber einig waren, Berlin keiner der Besatzungszonen zuzuordnen, sondern als Sondergebiet einer gemeinsamen Besetzung zu unterwerfen. Daran änderte auch der Beitritt Frankreichs am 1. Mai 1945 zu dem Abkommen vom 14. November 1944 über den Kontrollmechanismus in Deutschland sowie die im Zuge dieses Beitritts kurze Zeit später vorgenommene Aufteilung Deutschlands in vier Besatzungszonen sowie Berlins in vier Sektoren nichts.[169] Hier weist die beigefügte Karte wiederum aus, daß Berlin ein besonderes Besatzungsgebiet war, das zu keiner der vier übrigen Besatzungszonen gehörte.[170]

Entsprechend den Vereinbarungen der Alliierten erfolgte - nach kurzen Anlaufschwierigkeiten - die Besetzung und Verwaltung Deutschlands. In der Deklaration Nr. 3 des Kontrollrats vom 5. Juni 1945 wurde in Form von Besatzungsrecht für Deutschland verbindlich, was vorher lediglich völkerrechtliche Geltung unter den Alliierten hatte: Deutschland wurde in vier Besat-

---

167) aaO S. 12
168) Vergl. Riklin "Das Berlinproblem" S. 245.
169) Die entsprechenden Abkommen sind abgedruckt bei Riklin aaO S. 319 ff und Deuerlein "Die Einheit Deutschlands" S. 343 ff.
170) Vergl. die dem Abkommen der Vier Mächte vom 26. Juli 1945 beigefügte Karte D, wiedergegeben bei Riklin aaO im Anhang.

zungszonen - eine zusätzliche westliche Zone erhielt Frankreich - sowie in das Gebiet von Groß-Berlin geteilt, das im Gegensatz zu den übrigen vier Besatzungszonen von den Alliierten gemeinsam besetzt und verwaltet werden sollte.[171] Am 11. Juli 1945 stellte die interalliierte Militärkommandantur der Stadt Berlin dementsprechend fest, daß sie "die Kontrolle über die Verwaltung der Stadt Berlin"[172] übernommen hat. Am 21. Januar 1946 machte die Alliierte Kommandantur der Stadt Berlin schließlich noch einmal klar, daß Gesetze, Erlasse usw. der russischen, amerikanischen, britischen und französischen obersten Befehlshaber der verschiedenen Zonen nur Gültigkeit in den inFrage kommenden Zonen, nicht jedoch in den diesbezüglichen Sektoren Berlins hätten, es sei denn, ihre Anwendung werde ausdrücklich angeordnet.[173] Berlin gehörte damit zweifelsohne zu diesem Zeitpunkt weder zur Ostzone noch zu den drei Westzonen, sondern es war ein eigenständiges, von allen vier Besatzungsmächten gemeinsam verwaltetes Sondergebiet.[174]

Im Gefolge der rasch anwachsenden Spannungen zwischen Westalliierten einerseits und Sowjets andererseits kündigten diese am 1. Juli 1948, nach Beginn der Berliner Blockade, formell ihre Mitarbeit in der alliierten Militärkommandantur von Berlin auf, nachdem der sowjetische Stadtkommandant bereits zwei Wochen vorher seine Mitarbeit eingestellt hatte.[175] Äußerer Anlaß zu diesem Schritt der Sowjets war der Streit um die Währungsreform.[176] Tatsächlich ging es ihnen jedoch um die Untermauerung ihres immer häufiger vorgetragenen Anspruchs, daß ganz Berlin nicht nur wirtschaftlich, sondern auch territorial ein Teil der Sowjetzone sei. Die Begründung war einfach, wenn auch nicht zwingend: Die Westmächte hätten die Viermächtevereinbarungen sowohl in bezug auf Deutschland als auch in bezug auf das Sondergebiet Berlin gebrochen; denn

171) "Dokumentation zur Deutschlandfrage" I S. 32
172) "Dokumente zur Berlin-Frage" S. 16
173) aaO S. 31
174) Vergl. Wettig "Berlin in den interalliierten Vereinbarungen der Kriegszeit und im Potsdamer Abkommen" S. 99 f.
175) "Dokumente zur Berlin-Frage" S. 66
176) Dazu ausführlich Herzfeld "Berlin in der Weltpolitik" S. 212 ff.

weil sie die Entmilitarisierung Deutschlands nicht abgeschlossen, die Reparationen aus den Westzonen hintertrieben, eine eigene Währung in ihren Besatzungszonen eingeführt und damit zur Spaltung Deutschlands beigetragen hätten, existiere eine Viermächteverwaltung nicht mehr mit der Folge, daß die Westmächte in Berlin in der Zukunft kein Recht zur Anwesenheit und Verwaltung besäßen.[177)]

Nachdem die Vereinigten Staaten den Standpunkt der Sowjets schon unmittelbar nach Beginn der Berliner Blockade mit aller Schärfe zurückgewiesen und wiederholt hatten, daß Berlin nicht Teil der sowjetischen Besatzungszone, sondern eine internationale Besatzungszone sei [178)], stellten die Kommandanten der Westsektoren von Groß-Berlin am 21. Dezember 1948 fest: "Die Alliierte Kommandantur wurde durch Übereinkommen zwischen den vier Regierungen errichtet, die nur durch Übereinkommen aller beteiligten Regierungen geändert oder widerrufen werden können. Die Alliierte Kommandantur hat daher nicht aufgehört zu bestehen, obwohl ihre Arbeit seit dem 1. Juli wegen der Weigerung der Sowjetbehörde, den Sitzungen beizuwohnen, zeitweilig eingestellt worden ist. ... Die Weigerung der Sowjetbehörden, an den Sitzungen der Alliierten Kommandantur teilzunehmen, darf nicht länger die ordentliche, gesetzmäßige Verwaltung Berlins verhindern. Die Alliierte Kommandantur wird daher ihre Tätigkeit ab sofort wieder aufnehmen ... Während ihrer Abwesenheit werden die drei westlichen Alliierten die Funktionen der Alliierten Kommandantur ausüben, obwohl klar ist, daß es ihnen aufgrund der sowjetischen Obstruktion zur Zeit nur möglich sein wird, ihre Entscheidungen in den westlichen Sektoren durchzuführen."[179)]

Die sowjetische Besatzungsmacht hatte den drei Westmächten zwar den Bruch der Viermächtevereinbarungen vom September und November 1944 vorgeworfen, gleichwohl den Rücktritt von Vereinbarungen zumindest expressis verbis nicht erklärt.

---

177) Vergl. die Note der Sowjetunion an die Vereinigten Staaten, Großbritannien und Frankreich vom 14. Juli 1948 über die Lage Berlins; "Dokumente zur Berlin-Frage" S. 77 ff.
178) "Dokumente zur Berlin-Frage" S. 74 ff
179) aaO S. 105

Aber selbst wenn man zugrunde legt, daß diese Viermächtevereinbarungen durch Rücktritt der Sowjets hinfällig geworden sein sollten [180], bleibt immer noch als entscheidendes Faktum die Fortgeltung der Deklaration Nr. 3 vom 5. Juni 1945, die die Aufteilung Deutschlands in vier Zonen sowie in ein gemeinsames Besatzungsgebiet Berlin festgelegt hatte. Diese Deklaration war eine von den Alliierten kraft ihrer Besatzungsgewalt erlassene Rechtsnorm, die sowohl die Alliierten als auch die in den besetzten Gebieten lebende deutsche Bevölkerung band. Wie jedoch ein Gesetzgeber bisheriges Recht nur durch Aufhebung alten bzw. durch Setzen neuen Rechts außer Kraft setzen oder ändern kann, so konnte auch die Deklaration Nr. 3 allein durch einen Rechtsetzungsakt, und zwar aller Alliierten, aufgehoben werden. Selbst wenn man also den Sowjets das Recht zum Rücktritt von den Viermächtevereinbarungen konzedierte, konnte das an der Fortgeltung der Viermächteverwaltung in Berlin nichts ändern, da ein einseitiger Rücktritt allenfalls von einem Vertrag, nicht jedoch von einer Rechtsnorm möglich ist. Nur eine einverständlich erlassene neue Deklaration hätte zu einer Änderung der Besatzungsbefugnisse bzw. Sektorenaufteilung führen können.[181]

Eingedenk dieses Umstandes blieben die Westmächte dann auch trotz der seit dem 1. Juli 1948 rasch fortschreitenden getrennten Entwicklung des Ostsektors einerseits und der drei Westsektoren andererseits konsequent bei ihrem Standpunkt, daß Berlin ein besonderes Besatzungsgebiet aller vier Alliierten sei. Diese Haltung nahmen sie nicht nur gegenüber ihrem Gegenspieler im gerade begonnenen kalten Krieg, der Sowjetunion, ein, sondern auch gegenüber den Politikern in Westdeutschland und West-Berlin, die angesichts der massiven Versuche der Sowjets, West-Berlin in ihren Herrschaftsbereich einzugliedern, bemüht waren, zwischen den Westsektoren Berlins und den Besatzungszonen Westdeutschlands möglichst enge Bindungen herzustellen, um auf diese Weise die Lebensfähigkeit und freiheitliche Entwicklung dieses Teils der Stadt zu ge-

180) Zur Frage der Zulässigkeit des Rücktritts von diesen Vereinbarungen vergl. Mampel "Der Sowjetsektor von Berlin" S. 31 ff.
181) Ebenso Mampel aaO S. 35 f.

währleisten. Sowohl in einem Memorandum vom 2. März 1949[182] als auch in einem Schreiben der Militärgouverneure der drei Westmächte vom 22. April 1949[183] an den Parlamentarischen Rat bekräftigten sie - nachdem sie zunächst ihr Verständnis für die sorgende Teilnahme des Parlamentarischen Rates für Berlin zum Ausdruck gebracht hatten - ihre Position, daß Berlin nicht als ein Land in die ursprüngliche Organisation der deutschen Bundesrepublik einbezogen werden könne.

Im Frühjahr 1949, als sich Ost- und Westdeutschland anschickten, nach vier Jahren Besatzungszeit wieder eine zentrale deutsche Staatsgewalt zu etablieren, konnte somit bei den westdeutschen Politikern kein Zweifel darüber bestehen, daß die Deklaration Nr. 3 nach wie vor Geltung hatte, Berlin mithin weder zu den drei Westzonen noch zur Ostzone gehörte, sondern quasi eine fünfte Besatzungszone darstellte. Anders ausgedrückt: Berlin, das nach der Auflösung Preußens zugleich Stadt und Land geworden war [184], war nach Auffassung der Westmächte zwar ein Teil Deutschlands, jedoch nicht Teil Westdeutschlands. Diese Auffassung war begründet in dem die deutsche Bevölkerung und die Alliierten bindenden Besatzungsrecht.

Entgegen der eindeutigen Haltung der Westmächte, die in ihrem Memorandum vom 2. März 1949 die Suspendierung desjenigen Teils des Art. 23 des Grundgesetzes[185] ankündigten, der sich auf Berlin bezog, lehnte es der Parlamentarische Rat ab, von sich aus auf die Mitgliedschaft Berlins im Geltungsbereich des Grundgesetzes zu verzichten. Er fand sich lediglich bereit, folgenden Art. 144 Abs. 2 in das Grundgesetz aufzunehmen: "Soweit die Anwendung dieses Grundgesetzes in einem der in Artikel 23 aufgeführten Länder oder in einem Teile eines dieser Länder Beschränkungen unterliegt, hat das Land oder der

182) "Dokumente zur Berlin-Frage" S. 112
183) aaO S. 113
184) Kontrollratsgesetz Nr. 46, "Dokumente zur Berlin-Frage" S. 37
185) Ursprünglich Art. 22

Teil des Landes das Recht, gemäß Artikel 38 Vertreter in den Bundestag und gemäß Artikel 50 Vertreter in den Bundesrat zu entsenden."

Diese Formulierung war sicherlich kein Eingehen auf die Forderung der Alliierten und sollte es auch nicht sein. Angesichts seines Selbstverständnisses sah sich der Parlamentarische Rat außerstande, Berlin als Bestandteil des Geltungsbereichs des Grundgesetzes aufzugeben. Er fühlte sich als souveräner Verfassungsgeber, der deutsche Interessen, nicht jedoch die der Westmächte zu vertreten hatte.[186] Andererseits war er sich natürlich dessen bewußt, daß bei völliger Ignorierung des Berlin betreffenden Einwandes der Westmächte das Risiko eingegangen würde, die erforderliche Zustimmung der Besatzungsmächte zum Grundgesetz nicht zu erhalten. Art. 144 Abs. 2 war somit Ergebnis der zwiespältigen Lage, in der sich der Parlamentarische Rat befand: Aus seinem Selbstverständnis heraus weigerte er sich einerseits, von sich aus den Geltungsbereich des Grundgesetzes auf die drei westlichen Besatzungszonen zu beschränken, was er bereits dadurch zum Ausdruck brachte, daß er noch vor Aufnahme seiner eigentlichen Arbeit beschloß, die Delegierten Berlins als Gäste mit beratender Stimme an den Sitzungen teilnehmen zu lassen.[187]

Der Zustimmungsbedürftigkeit zum Grundgesetz eingedenk ließ er andererseits - unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die auch von ihnen in Aussicht gestellte Teilnahme von Berliner Vertretern an den Sitzungen von Bundestag und Bundesrat - die Möglichkeit eines Eingriffs der Westmächte offen. Der Schwarze Peter, den die Westmächte ersichtlich dem Parlamentarischen Rat zugespielt hatten, lag damit wieder bei ihnen; denn

---

186) Das kam deutlich in den Worten des Präsidenten des Parlamentarischen Rates Adenauer zum Ausdruck: "Nun lassen Sie mich einige Worte über Wirken und Aufgabe des Parlamentarischen Rates sagen. Er ist ins Leben gerufen durch einen Akt der Militärgouverneure der drei Westzonen ... Nachdem er aber nunmehr sich konstituiert hat, ist er im Rahmen der ihm gestellten Aufgaben völlig frei und völlig selbständig. Es wird meines Erachtens die vornehmste Pflicht des Rates, aber auch des Präsidenten und seiner Stellvertreter sein, diese völlige Freiheit und Unabhängigkeit ständig zu wahren und sicherzustellen." Parlamentarischer Rat, 1. Sitzung S. 4.

187) Vergl. Parlamentarischer Rat, 1. Sitzung S. 2 ff.

ohne Äußerung ihrerseits mußte Art. 144 Abs. 2 gegenstandslos bleiben.

Die Reaktion der Westmächte konnte angesichts ihrer konsequent vertretenen Auffassung von der besonderen Besatzungszone Berlin nicht ausbleiben. Ihre oberste Gewalt konnte gemäß der Deklaration Nr. 3 nur in ihren eigenen Besatzungszonen uneingeschränkt wirksam werden; die Wahrnehmung dieser obersten Gewalt schloß die Übertragung der Staatsgewalt auf deutsche Stellen ein. Solange sich die Vier Mächte jedoch nicht zu einigen vermochten, eine für ganz Deutschland zuständige deutsche Staatsgewalt einzusetzen, bedeutete das zwangsläufig, daß die Westmächte nur in den von ihnen verwalteten Besatzungszonen die Staatsgewalt auf deutsche Stellen übertragen konnten. Da Berlin ihrer Auffassung nach gemeinsam von den Vier Mächten verwaltet wurde, konnten sie über die Westsektoren nicht in dem Sinne verfügen, daß westdeutsche Organe die Staatsgewalt übernahmen. Folgerichtig wurde das vom Parlamentarischen Rat am 8. Mai 1949 in dritter Lesung verabschiedete Grundgesetz mit den erwähnten Bestimmungen der Art. 23 und 144 Abs. 2 von ihnen am 12. Mai 1949 unter mehreren Vorbehalten genehmigt, von denen der hier gravierende unter Ziffer 4 lautet: "A third reservation concerns the participation of Greater Berlin in the Federation. We interpret the effect of Articles 23 and 144 (2) of the Basic Law as constitution acceptance of our previous request that while Berlin may not be accorded voting membership in the Bundestag or Bundesrat nor be governed by the Federation she may, nevertheless, designate a small number of representatives to attend the meetings of those legislative bodies."[188]

Dieser Vorbehalt, dessen Sinn vor dem Hintergrund der Entwicklung vom Frühjahr 1945 bis zum Frühjahr 1949 eindeutig zu sein schien, dessen Formulierung jedoch diese Eindeutig-

188) Parlamentarischer Rat Drucksache S 71

keit nicht zweifelsfrei zum Ausdruck brachte, sollte die Quelle der sowohl politischen wie auch juristischen Auseinandersetzung über die Zugehörigkeit West-Berlins zu Westdeutschland sein, die bis heute nicht zu einem Ende gekommen ist.

2. Die Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht entschied am 25. Oktober 1951 zum ersten Mal in einer Berliner Sache. Zugrunde lag dem damaligen Beschluß die Verfassungsbeschwerde eines Westberliner Bürgers, der sich durch die Entscheidung eines Westberliner Gerichts in seinen Grundrechten verletzt fühlte. Da die hoheitliche Tätigkeit eines Staates, zu der u.a. die Rechtsprechung gehört, an den Grenzen seines Territoriums endet, andererseits die Zugehörigkeit West-Berlins zu Westdeutschland Zweifeln unterliegt, mußte das Bundesverfassungsgericht darauf eingehen, ob es überhaupt befugt war, in dieser Sache tätig zu werden; denn seine Entscheidung hätte Auswirkungen auf die hoheitliche Tätigkeit der Westberliner Organe gehabt: entweder im korrigierenden Sinn - bei Begründung der Verfassungsbeschwerde wäre das Urteil des Westberliner Gerichts aufgehoben worden - oder im bestätigenden Sinn, wenn nämlich das Urteil des Westberliner Gerichts vom höchsten westdeutschen Gericht gutgeheißen worden wäre.

Zwei Möglichkeiten der Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts waren denkbar: West-Berlin ist Teil Westdeutschlands; dann gilt das Grundgesetz automatisch in West-Berlin, d.h. das Bundesverfassungsgericht wäre zuständig gewesen, es sei denn, seine Tätigkeit wäre Regierungstätigkeit im Sinne des Vorbehalts der Besatzungsmächte. Ist West-Berlin hingegen nicht Teil Westdeutschlands, hätte das Bundesverfassungsgericht nur bei Erfüllung zweier Voraussetzungen zuständig sein können; erstens hätte der Westberliner Gesetzgeber das Grundgesetz als in West-Berlin geltendes Recht übernommen haben müssen [189],

189) Diese Art der Rechtsetzung ist zwar ungewöhnlich, wird jedoch von kleinen Staaten bisweilen praktiziert. So hat etwa Liechtenstein über Jahrzehnte hinweg zunächst österreichisches, dann schweizerisches Recht durch fürstliche Verordnung rezipiert. Vergl. Gschnitzer "Lebensrecht und Rechtsleben des Kleinstaates" S. 27 ff.

zweitens hätte der Westberliner Gesetzgeber darüber hinaus die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts ausdrücklich festgestellt haben müssen, weil eben die hoheitliche Tätigkeit eines Staates nicht weiter als seine Grenzen wirken kann.

Diese beiden Möglichkeiten der Zuständigkeitsbegründung sieht auch das Bundesverfassungsgerichtsgesetz in § 106 vor, der davon ausgeht, daß das Bundesverfassungsgericht mit Wirkung für Berlin tätig werden könne, "soweit das Grundgesetz für das Land Berlin gilt oder die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts durch ein Gesetz Berlins in Übereinstimmung mit diesem Gesetz begründet wird". Mit dieser Entweder-Oder-Formel, die offenließ, in welchem Verhältnis West-Berlin zu Westdeutschland steht, war dem Bundesverfassungsgericht allerdings wenig geholfen, da es einerseits an einem entsprechenden Westberliner Übernahmegesetz fehlte, andererseits strittig war - wie es selbst feststellte[190] -, ob durch den Vorbehalt der Militärgouverneure zum Grundgesetz sowie durch die Anordnung der Alliierten Kommandantura Berlin zur Westberliner Verfassung vom 1. September 1950 die Geltung des Grundgesetzes in West-Berlin einstweilig völlig suspendiert oder nur auf gewissen Gebieten beschränkt sei.

Ohne sich mit dem Für und Wider der Suspendierung auseinanderzu-setzen, stellte der Erste Senat, zuständig für die Entscheidung über Verfassungsbeschwerden, fest, daß es Sinn des Vorbehalts der Militärgouverneure sei, eine unmittelbare organisatorische Einbeziehung Berlins in die westdeutsche Bundesrepublik mit Rücksicht auf die fortdauernde internationale Spannung vorerst aufzuschieben. Berlin solle nicht durch den Bund regiert werden, die Organe des Bundes sollten ihre Befugnisse nicht auch in Berlin ausüben. Diese Erwägung rechtfertige es aber nicht, auch dem Grundrechtsteil des Bonner Grundgesetzes die Geltung für Berlin zu versagen, da der durch ihn gewährte Schutz des einzelnen eine unmittelbare organisa-

190) BVerfGE 1 S. 71 f

torische Einbeziehung Berlins in das Gefüge der westdeutschen Bundesrepublik weder voraussetze noch zur Folge habe. Davon gehe auch die Berliner Alliierte Kommandantura aus, die dem Grundgesetz dort den Vorrang gebe, wo seine Anwendung zwecks Vorbeugung eines Konflikts zwischen dem Grundgesetz und der Berliner Verfassung erforderlich sei. Da die Grundrechtsnormen von Grundgesetz und Berliner Verfassung nicht in allem übereinstimmten, sei ein solcher Konflikt stets möglich und dem Grundgesetz insoweit der Vorrang einzuräumen. Entscheidend sei mithin allein, ob der Vorbehalt der Militärgouverneure vom 12. Mai 1949 die Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts in Berliner Sachen tangiere, da nach dem üblichen Verständnis des Wortes govern auch die Tätigkeit der Gerichte darunter falle. Diese Frage könne in diesem Fall jedoch offenbleiben, da die Verfassungsbeschwerde selbst dann als unzulässig zu verwerfen wäre, wenn Entscheidungen von Berliner Gerichten der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht unterliegen sollten; denn die Verfassungsbeschwerde gegen rechtskräftige Urteile sei nur zulässig, wenn diese nach dem 16. April 1951 wirksam geworden seien.[191)]

Mit dieser Entscheidung des Ersten Senats war der Grundstein für alle weiteren Berlin betreffenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gelegt, und zwar in zweifacher Hinsicht. Zunächst zur Schlußfolgerung des Gerichts, die es nach seinen Ausführungen über den Sinn des Vorbehalts der Militärgouverneure anstellte: "Gilt somit der Grundrechtsteil des Bonner Grundgesetzes auch in West-Berlin, ..."[192)] Der einschlägige Art. 23 wie auch der Vorbehalt der Militärgouverneure sprechen von "Groß-Berlin", womit zweifellos alle vier Sektoren Berlins gemeint sind. In Widerspruch zu dem klaren Wortlaut der Verfassungsvorschrift und ohne in irgendeiner Form darauf einzugehen, reduzierte das Bundesverfassungsgericht also den eindeutigen Begriff Groß-Berlin auf West-Berlin. Diese Reduzierung Berlins auf West-Berlin erinnert an die Rechtsprechung zum Status Deutschlands. Danach gibt es einer-

191) aaO S. 72 f. Vergl. im übrigen hinsichtlich des Stichtages 16. April 1951 BVerfGE 1 S. 4; dieses Datum erklärt sich aus der Tatsache, daß das Bundesverfassungsgerichtsgesetz am 17. April 1951 in Kraft getreten ist.

192) aaO S. 73

seits das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland in den Grenzen von 1937, andererseits den Geltungsbereich des Grundgesetzes. Auf Berlin übertragen: Einerseits gibt es das Gesamtgebiet Groß-Berlin, andererseits ist die Geltung der Grundrechte auf die drei Westsektoren beschränkt. Sowohl Bundesrepublik Deutschland wie Berlin haben also eine zweifache Bedeutung, die Begriffe wurden allerdings von den westdeutschen Verfassungsorganen regelmäßig im engeren Sinn verwandt. Da die Abweichung von dem eindeutigen Wortlaut des Art. 23 juristisch nicht begründbar ist, bleibt nur die Feststellung, daß sich das Bundesverfassungsgericht den tatsächlichen Gegebenheiten gebeugt hatte. Die tatsächlichen Herrschaftsverhältnisse verhinderten die Geltung des Grundgesetzes sowohl in ganz Deutschland wie auch in ganz Berlin.

Neben dieser Anerkennung der politischen Lage in Berlin durch das Bundesverfassungsgericht sind aber auch seine Ausführungen zum Verhältnis zwischen Westdeutschland und West-Berlin sehr aufschlußreich. Auf den ersten Blick scheint die Formulierung, der Grundrechtsteil gelte in West-Berlin, wenig aussagekräftig zu sein. Diese Geltung wäre sowohl aufgrund der Bundeszugehörigkeit West-Berlins als auch aufgrund der Übernahme des Grundgesetzes durch den Westberliner Gesetzgeber, also aufgrund einer Transformierung in Westberliner Recht, denkbar. Erst die nähere Erläuterung des Sinns des Vorbehalts der Militärgouverneure läßt den Schluß zu, daß das Bundesverfassungsgericht von der Zugehörigkeit West-Berlins zu Westdeutschland ausging, wenngleich es diese Schlußfolgerung nicht expressis verbis aussprach; denn nur unter Zugrundelegung dieser Zugehörigkeit haben die gewählten Formulierungen ihren Sinn, daß eine unmittelbare organisatorische Einbeziehung Berlins in die westdeutsche Bundesrepublik vorerst aufzuschieben sei, daß die Organe des Bundes ihre Befugnisse nicht in Berlin ausüben sollten, daß Berlin nicht durch den Bund regiert werden sollte.

Was heißt Aufschiebung der unmittelbaren organisatorischen Einbeziehung? Die Antwort darauf wird erleichtert, wenn dieser

Charakterisierung des Verhältnisses West-Berlins zu Westdeutschland die Kehrseite gegenüber-gestellt wird: die mittelbare organisatorische Einbeziehung. Die organisatorische Einbeziehung eines Territoriums in einen Staatsverband betrifft das Zusammenspiel der Funktionsträger dieses Staatsverbandes, auf das föderative System Westdeutschlands übertragen: das Zusammenspiel von Zentralgewalt und dezentralisierter Gewalt der einzelnen Bundesländer. Diese Gewalten stehen in einem wechselseitigen Verhältnis; einerseits unterstehen die Bundesländer der Zentralgewalt, andererseits partizipieren sie über den Bundesrat wiederum an eben dieser Zentralgewalt. Der Bund ist also an der Staatsgewalt der einzelnen Bundesländer beteiligt wie umgekehrt die Bundesländer an der Staatsgewalt des Bundes beteiligt sind. Beide stehen in einem "dialektischen Verhältnis"[193] zueinander.

An diesem wechselseitig verschränkten Prozeß von Bundesgewalt und Ländergewalt soll West-Berlin also nicht unmittelbar beteiligt sein. Eine mittelbare organisatorische Einbeziehung ist aber nur in der Form denkbar, daß ein Territorium zwar zu einem bestimmten Staatsgebiet gehört, ansonsten aber weder an der Zentralgewalt partizipiert noch vom Zentralstaat regiert wird. Die mittelbare organisatorische Einbeziehung beschränkt sich mithin auf die territoriale Zugehörigkeit, auf die bloße Mitgliedschaft eines Territoriums in der Organisation eines föderativen Staatswesens. Wenn das Bundesverfassungsgericht daher feststellte, lediglich die unmittelbare organisatorische Einbeziehung West-Berlins in die westdeutsche Bundesrepublik sei aufgeschoben, war damit zugleich zum Ausdruck gebracht worden, daß es mittelbar organisatorisch einbezogen, daß es Territorium, d.h. ein Bundesland Westdeutschlands ist.

Nichts anderes besagt die Formulierung, daß die Organe des Bundes ihre Befugnisse nicht in Berlin ausüben sollten, daß Berlin nicht durch den Bund regiert werden sollte. Die Befug-

193) Schmid "Bund und Länder" S. 247

nisse von Staatsorganen auf dem Gebiet der Legislative, Exekutive und Judikative sind, sofern nicht Kriegs- bzw. Besatzungsrecht gelten oder Staatsverträge Gegenteiliges festlegen, auf das eigene Hoheitsgebiet beschränkt.[194] Auf die Ausübung dieser Befugnisse kann nur derjenige verzichten, der diese Befugnisse zunächst einmal besitzt. Mit anderen Worten: Weil West-Berlin zum Territorium Westdeutschlands gehört, stehen den westdeutschen Organen grundsätzlich die Befugnisse des Regierens, Verwaltens und Rechtsprechens auch in West-Berlin zu. Lediglich entgegenstehende Anordnungen der Besatzungsmächte hindern sie daran, diese Befugnisse auch wahrzunehmen. Was das Bundesverfassungsgericht meinte, aber so deutlich zu sagen sich scheute, war: West-Berlin ist ein Land Westdeutschlands, es darf jedoch nicht vom Bund regiert werden.

Der erste Senat konnte sich hier, im Gegensatz zu den Entscheidungen zum Status Deutschlands, auf eine eindeutige Verfassungsnorm stützen. Wie er selbst jedoch einräumte, wird diese Norm durch den weniger klar formulierten Vorbehalt der Westmächte überlagert. So nimmt es nicht wunder, wenn er seine Auffassung mit Hinweis auf die Haltung eben dieser Besatzungsmächte wie auch auf die westdeutsche Regierung zu stützen versuchte. Bei näherer Prüfung zeigt sich jedoch, daß die Anführung dieser Kronzeugen ein untauglicher Versuch bleiben mußte, da sowohl der vom Gericht zitierte Bundeskanzler Adenauer als auch die Alliierte Berliner Kommandantura entgegengesetzter Meinung waren.

Zunächst erweckte der Erste Senat den Eindruck, als ob Adenauer ebenfalls den Sinn des Vorbehalts der Militärgouverneure darin sehe, eine unmittelbare organisatorische Einbeziehung Berlins in die westdeutsche Bundesrepublik vorerst nur aufzuschieben. Dieser Eindruck mußte deshalb entstehen, weil das Gericht diese angeblich vorläufige Aufschiebung mit den

194) Vergl. Dahm "Völkerrecht" S. 224 ff.

Worten Adenauers begründete, nämlich mit Rücksicht auf die "fortdauernde internationale Spannung" [195]. Nun hat Adenauer diese Worte zwar in einer Regierungserklärung vor dem Bundestag am 21. Oktober 1949 verwendet. Hätte das Bundesverfassungsgericht allerdings nicht diese wenigen Worte aus dem Zusammenhang gerissen, sondern Adenauers damalige Bemerkung zu Berlin vollständig wiedergegeben, so hätte sich jeder leicht überzeugen können, daß zwischen Bundeskanzler und Bundesverfassungsgericht ein diametraler Gegensatz bestand. Die entscheidenden Sätze Adenauers lauteten nämlich: "In Artikel 23 des Grundgesetzes ist niedergelegt, daß Groß-Berlin als zwölftes Land zur Bundesrepublik Deutschland gehören soll. Wenn auch die internationale Lage bei der Genehmigung des Grundgesetzes die Verwirklichung dieses Beschlusses zunächst unmöglich gemacht hat und wenn die fortdauernde internationale Spannung auch jetzt noch die Durchführung dieses Artikels 23, vielleicht auch im Interesse Berlins selbst, nicht gestattet, so bleibt der Beschluß des Parlamentarischen Rates, wie er im Artikel 23 niedergelegt ist, nur suspendiert. Der Artikel 23 wird in Wirksamkeit treten, sobald die internationale Lage es gestattet. Bis dahin will Berlin seine Gesetze den Bundesgesetzen anpassen, um so schon jetzt eine de-facto-Zugehörigkeit Berlins zum Bund herbeizuführen."[196] Adenauer konnte also tatsächlich nicht zur Unterstützung der Position des Bundesverfassungsgerichts herangezogen werden, wie diese Ausführungen zeigen.

Das gleiche gilt hinsichtlich der Feststellung des Gerichts, daß sein Ergebnis mit der Auslegung des Art. 87 der Westberliner Verfassung durch die Berliner Kommandantura in der Anordnung vom 29. August 1950 übereinstimme. Hatte die Alliierte Kommandantura, d.h. hatten die Westmächte wirklich "dem

195) BVerfGE 1 S. 72

196) BT, 1. WP, 13. Sitzung S. 309. Die Bezeichnung "zwölftes Land" ergibt sich aus dem Umstand, daß das Land Baden-Württemberg ursprünglich aus den Ländern Baden, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern bestand, es zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Grundgesetzes außer Berlin und dem Saarland also elf Länder gab.

Grundgesetz dort den Vorrang" gegeben, "wo seine Anwendung zwecks Vorbeugung eines Konflikts zwischen Grundgesetz und der Berliner Verfassung erforderlich ist" [197]. Die Westberliner Verfassung vom 1. September 1950 bestimmt in Art. 1 Abs. 2 und 3: "Berlin ist ein Land der Bundesrepublik Deutschland. Grundgesetz und Gesetze der Bundesrepublik Deutschland sind für Berlin bindend." Art. 87 Abs. 1 suspendiert diese Bestimmungen jedoch - "Artikel 1 Abs. 2 und 3 der Verfassung treten in Kraft, sobald die Anwendung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland in Berlin keinen Beschränkungen unterliegt." -, um dann in Abs. 3 die Suspendierung wieder einzuschränken: "Soweit in der Übergangszeit die Anwendung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland keinen Beschränkungen (Abs. 1) unterliegt, sind die Bestimmungen des Grundgesetzes auch in Berlin geltendes Recht. Sie gehen den Bestimmungen der Verfassung vor."

Dazu hatte die Alliierte Kommandantura aufgrund fortbestehenden Besatzungsrechts am 29. August 1950, also vor Inkrafttreten der Verfassung, bestimmt: "Artikel 87 wird dahin gehend aufgefaßt, daß während der Übergangsperiode Berlin keine der Eigenschaften eines zwölften Landes besitzen wird. Die Bestimmungen dieses Artikels betreffend das Grundgesetz finden nur in dem Maße Anwendung, als es zwecks Vorbeugung eines Konfliktes zwischen diesem Gesetz und der Berliner Verfassung erforderlich ist. Ferner finden die Bestimmungen irgendeines Bundesgesetzes in Berlin erst Anwendung, nachdem seitens des Abgeordnetenhauses darüber abgestimmt wurde und dieselben als Berliner Gesetze verabschiedet worden sind." [198] Die Anordnung brachte also erneut zum Ausdruck, daß West-Berlin kein zwölftes Land Westdeutschlands ist. Diese Auffassung der Westmächte beinhaltete zugleich, daß das Grundgesetz in West-Berlin nicht gilt, da der Geltungsbereich von Gesetzen - damit auch von Verfassungsgesetzen - auf das Hoheitsgebiet eines Staates beschränkt ist. Art. 87 der Westberliner Ver-

197) BVerfGE 1 S. 72
198) "Dokumente zur Berlin-Frage" S. 154

fassung war in ihrem Verständnis daher nichts anderes als eine teilweise - darüber hinaus nicht einwandfrei festgelegte - Übernahme einiger Bestimmungen des Grundgesetzes als Westberliner Recht. Ohne diese Übernahme hätte nach Auffassung der Alliierten das Grundgesetz auch nicht teilweise in West-Berlin gelten können.

Zugegebenermaßen ist der vom Bundesverfassungsgericht herangezogene zweite Satz der Anordnung der Alliierten Kommandantura für sich allein genommen unklar, da aus ihm nicht hervorgeht, ob das Grundgesetz in Konfliktfällen als westdeutsches oder als Westberliner Recht gelten sollte. Die Anordnung in ihrer Gesamtheit läßt jedoch einwandfrei erkennen, daß das Grundgesetz, wenn überhaupt, als Westberliner Recht wirken sollte. Das ergibt sich sowohl aus der Feststellung, daß Berlin kein zwölftes Land Westdeutschlands sei, wie auch aus dem dritten Satz der Anordnung, der ausdrücklich bestimmt, daß alle Bundesgesetze erst dann Anwendung in Berlin fänden, wenn sie als Berliner Gesetze verabschiedet worden seien. Nur bei diesem Verständnis der Anordnung begegnet auch die Bestimmung der Westberliner Verfassung keinen Bedenken, nach der das Abgeordnetenhaus mit Zweidrittelmehrheit der anwesenden Mitglieder im Einzelfall beschließen kann, daß Bestimmungen des Grundgesetzes der Westberliner Verfassung nicht vorgehen [199]; denn keinem Gliedstaat steht das Recht zu, einzelne Bestimmungen der Verfassung des Zentralstaates nach eigenem Gutdünken außer Kraft zu setzen. Nicht nur die Alliierten, sondern auch der Westberliner Verfassungsgeber gingen mithin davon aus, daß West-Berlin kein Teil Westdeutschlands ist.

Bei näherem Zusehen erweist sich also, daß auch der Hinweis des Bundesverfassungsgerichts auf die Übereinstimmung seiner Auffassung mit der der Westmächte mißverständlich, wenn nicht gar irreführend war. Nun kann man dem Bundesverfassungsgericht aber kaum die Absicht unterstellen, mit verkürzt wiedergegebenen

199) Art. 87 Abs. 3 Satz 3

Zitaten beim Leser einen falschen Eindruck erwecken zu wollen. Das ist schon deshalb auszuschließen, weil diese Zitate allen zugänglich waren, die Nichtübereinstimmung mithin sehr rasch publik geworden wäre. Wenn dennoch dieser Hinweis auf Adenauer und die Westmächte in dieser mißverständlichen Form erfolgte, so lag das im Rahmen der im ganzen zurückhaltenden Formulierung des Gerichts; denn die Position des Gerichts ergab sich nicht ohne weiteres aus seiner Entscheidung, sondern wurde nur deutlich, wenn man zwischen den Zeilen las. Mit anderen Worten: Die Bezugnahme auf Adenauer und die Westmächte hätte es dem Gericht notfalls ermöglicht, von der angedeuteten Position ohne Gesichtsverlust wieder abzurücken, da ja beide Kronzeugen ausdrücklich von der Suspendierung des Teils des Art. 23 ausgingen, der Berlin betrifft.

In dieses Bild paßt auch die Tatsache, daß das Gericht eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Vorbehalt der Militärgouverneure vom 12. Mai 1949 ebenso fehlen ließ wie die Auseinandersetzung mit der ebenfalls vertretenen gegenteiligen Auffassung. Statt dessen wurde lediglich etwas behauptet. Das ganze Verfahren erinnert an das Beamten-Urteil vom 17. Dezember 1953 [200], als sich das Bundesverfassungsgericht auch eine ihm richtig erscheinende Auffassung zu eigen machte, ohne sie zu begründen, ohne sich mit den Gegenargumenten auseinanderzusetzen. In diesem Fall des Verhältnisses West-Berlins zu Westdeutschland setzte sich das Bundesverfassungsgericht an die Spitze einer gerade erst einsetzenden Bewegung, die die "Einverleibung Berlins"[201] in Westdeutschland theoretisch zu begründen versuchte. Niemand konnte allerdings absehen, ob diese theoretische Neubesinnung das bisherige Verständnis überhaupt noch zu beeinflußen vermochte.

Nach Verabschiedung des Grundgesetzes ging die Rechtswissenschaft nämlich davon aus, daß West-Berlin lediglich de facto,

---

200) Vergl. oben S. 62 ff.

201) Bereits in den Beratungen des Parlamentarischen Rates wurde davon gesprochen, Berlin einzuverleiben; vergl. z.B. Abg. Stock, Ausschuß für Wahlrechtsfragen, 23. Sitzung S. 68.

nicht jedoch de jure Bestandteil Westdeutschlands sei. Damit wurde zum Ausdruck gebracht, daß West-Berlin rechtlich allenfalls durch den fortexistierenden gesamtdeutschen Staat mit Westdeutschland verbunden, jedoch kein Land des westdeutschen Teilstaates war. Im Unterschied zu dieser nicht gegebenen staatsrechtlichen, de-jure-Mitgliedschaft wurde von einer de-facto-Mitgliedschaft gesprochen, weil in West-Berlin und Westdeutschland eine im wesentlich gleichartig verlaufende politische Entwicklung zu registrieren war, weil faktisch so getan wurde, als ob es Bestandteil Westdeutschlands war.[202] Der Westberliner Staatsrechtslehrer Drath - er war seit Errichtung des Bundesverfassungsgerichts Richter im Ersten Senat - bezweifelte im Mai 1951[203] diese bis dahin allgemein vertretene Auffassung, wobei er sich eingehend mit dem Vorbehalt der Militärgouverneure vom 12. Mai 1949 auseinandersetzte, der für die Geltung des Art. 23 von alles entscheidender Bedeutung ist.

Nach Ansicht Draths ergibt der Wortlaut des Vorbehalts, daß nur zwei bestimmte Dinge untersagt seien: daß West-Berlin stimmberechtigte Vertreter in Bundestag und Bundesrat haben und daß es von den Bundesorganen regiert werden dürfe, wobei "regieren" nicht nur die Regierungstätigkeit im engeren Sinn, sondern auch die Gesetzgebung, Verwaltung und wohl auch die Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts umfasse. Bonn dürfe also West-Berlin nicht regieren, und umgekehrt dürfe West-Berlin den Bund nicht mitregieren. Von der grundsätzlichen staats- und völkerrechtlichen Zugehörigkeit West-Berlins zu Westdeutschland sei in dem Vorbehalt jedoch nicht die Rede, im Gegenteil: Was allein ausgeschlossen sei, sei nur die stimmberechtigte Mitgliedschaft in zwei ausdrücklich genannten Bundesorganen. Was somit nicht ausgeschlossen sei,

202) So etwa von Mangoldt "Das Bonner Grundgesetz", 1. Aufl., S. 159, Dennewitz "Kommentar zum Bonner Grundgesetz" Art. 23 S. 3, Model "Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland", 2. Aufl., S. 45, Werthauer JR 1949 S. 369, Maunz "Deutsches Staatsrecht", 1. Aufl., S. 265, Peters DV 1949 S. 603.

203) In einem Vortrag mit dem Thema "Berlin und Bonn", den er zuerst vor einem Forum der Deutschen Hochschule für Politik hielt und nicht etwa vor einem juristischen Publikum; vergl. JR 1951 S. 385 ff.

sei die Mitgliedschaft West-Berlins in Westdeutschland. Gegen diese Auslegung des Vorbehalts spreche auch nicht die Erwähnung des previous request der Militärgouverneure, das sich auf ihre Schreiben vom 2. März 1949 und 22. April 1949 beziehe; denn bei Verhandlungen über voneinander abweichende Standpunkte könne nicht irgendein Zwischenstadium dieser Verhandlungen maßgebend sein, sondern allein die abschließende Regelung. Diese liege in dem Genehmigungsschreiben der Militärgouverneure vom 12. Mai 1949 vor. Nur soweit dieses eine ausdrückliche Aufrechterhaltung früher schon vertretener Auffassungen enthalte, könne eine in einem früheren Stadium vertretene Forderung überhaupt noch in Betracht kommen. An dieser Aufrechterhaltung aber fehle es, weil die Bezugnahme auf das previous request eine solche Aufrechterhaltung nicht darstelle. Dieses previous request werde vielmehr in dem Genehmigungsschreiben in neu präzisierter Form wiederholt. Nicht frühere Ausführungen würden für weitergeltend erklärt, sondern es werde in ganz neuen Worten bestimmt, was abschließend gelten solle, nämlich das previous request in dem Sinne, daß West-Berlin nicht vom Bund regiert werden dürfe und keine stimmberechtigten Mitglieder in Bundestag und Bundesrat entsenden dürfe. Die angebliche de-facto-Mitgliedschaft West-Berlins im Bund sei daher eine de-jure-Mitgliedschaft, die aber wegen des Vorbehalts nicht voll praktiziert werden dürfe.[204)]

Das war also die tatsächliche Sinn-Erklärung des Vorbehalts der Militärgouverneure und die Begründung dafür, daß West-Berlin Bestandteil Westdeutschlands sei. Diese prononcierte Auffassung ihres Senatskollegen Drath übernahmen die übrigen Richter des Ersten Senats jedoch nicht. Wie später im Beamten-Urteil starteten sie statt dessen unter Vermeidung einer eindeutigen Stellungnahme einen Versuchsballon. Diese Zurückhaltung war angebracht; denn - wie Drath selber konzedierte - es würde "nicht leicht sein, jetzt, nachdem sich die Ansicht

---

204) aaO S. 386 ff

von einer bloßen de-facto-Mitgliedschaft Berlins in der Bundesrepublik weitgehend festgesetzt hat, eine Änderung der rechtlichen Würdigung herbeizuführen" [205]. Ganz offensichtlich wollte das Bundesverfassungsgericht zunächst die Reaktion der Öffentlichkeit auf diese neue Sicht der Dinge testen.

Anders als beim Beamten-Urteil gab es auf die vom bisherigen Stand der Meinungen abweichenden Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts über die Beziehungen zwischen West-Berlin und Westdeutschland keinerlei Reaktion. Zu dieser Nichtreaktion hat sicherlich Draths grundlegende Untersuchung beigetragen, die die vom Parlamentarischen Rat nicht durchgesetzte Einbeziehung West-Berlins in die westdeutsche Staatsorganisation nunmehr doch noch möglich zu machen schien. Es muß aber auch berücksichtigt werden, daß sich die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 25. Oktober 1951 nur mit den Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde eines Westberliner Bürgers befaßte, nicht jedoch auf deren Begründetheit einging. Da die mangelnde Zulässigkeitsvoraussetzung - der Stichtag 16. April 1951 - unstrittig war, konnte gegen das Ergebnis der Entscheidung - Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde - nichts eingewandt werden.[206] Das scheinbar nur Juristische der Entscheidung verdeckte den politischen Kern. Schließlich entsprachen die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zum Verhältnis von West-Berlin und Westdeutschland aber auch dem objektiven westdeutschen wie Westberliner Interesse, die Bindungen zwischen diesen beiden deutschen Gebieten so eng wie möglich zu gestalten, so daß kein Grund bestand, sie zu kritisieren. Waren Westdeutsche und Westberliner schon bislang davon ausgegangen, daß West-Berlin wenigstens de-facto zu Westdeutschland gehört, konnte nur derjenige eine de-jure-Mitgliedschaft bestreiten, der sich dem Vorwurf auszusetzen gewillt war, "dem Ausdruck des deutschen Volkswillens, die Wiedervereinigung wenigstens in

205) aaO S. 389

206) So erwähnte z.B. Zweigert JZ 1952 S. 322 die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, ohne mit einem Wort auf die postulierte Geltung des Grundrechtsteils in West-Berlin einzugehen.

den bescheidenen Grenzen durchzuführen, die diesem Streben durch die weltpolitische Lage derzeit gezogen"[207] waren, nicht Rechnung tragen zu wollen.

Mit der fehlenden kritischen Würdigung der Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, daß die Grundrechte ausnahmslos in West-Berlin gälten, und der dahinter stehenden Vorstellung des Gerichts ging eine mehr oder weniger stillschweigende Rezeption der von Drath gewonnenen neuen Erkenntnis einher. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde nämlich kaum noch die nur de-facto-Mitgliedschaft West-Berlins im Bund vertreten, und wenn, geschah das in zurückhaltender Weise und ohne auf Drath einzugehen.[208] Auch diejenigen, die sich Drath anschlossen, hielten sich zwar zahlenmäßig in Grenzen.[209] Die Tatsache allerdings, daß Kreutzer, ebenfalls ein Westberliner Jurist, in mehreren Abhandlungen[210] für die de-jure-Mitgliedschaft West-Berlins in Westdeutschland stritt, ohne auf Widerspruch zu stoßen, mußte den Eindruck entstehen lassen, als habe man von der bis 1951 geltenden Auffassung Abstand genommen. Krönung dieser "schweigenden Zustimmung" war die nicht ohne Stolz im Jahre 1956 vorgebrachte Feststellung Draths, des Urhebers der grundlegenden Revision, daß über das Verhältnis West-Berlins zu Westdeutschland prinzipiell zugunsten der rechtlichen Zugehörigkeit West-Berlins entschieden sei.[211]

Vor diesem Hintergrund konnte die weitere Berlin-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht überraschen. Am 23. Mai 1956 stellte wiederum der Erste Senat unter Hinweis auf seine Entscheidung aus dem Jahre 1951 unzweideutig fest, daß der Begriff Berlin im Verhältnis zu Westdeutschland nur die drei Westsektoren umfasse. Diese Reduzierung ergebe sich aus dem Gesichtspunkt, daß Berlin - wenn auch in beschränktem Umfang - nur insoweit zum Geltungsbereich des

---

207) Rottmann "Der Viermächte-Status Berlins" S. 52
208) z.B. Hildegard Krüger NJW 1954 S. 1393 f, Maunz "Deutsches Staatsrecht", 4. Aufl., S. 315 f. Maunz war übrigens der einzige, der von denjenigen, die vor Draths Untersuchung lediglich eine de-facto-Mitgliedschaft West-Berlins im Bund annahmen, diese Meinung aufrechterhielt.
209) Görg DÖV 1951 S. 597 f, Kreutzer JR 1951 S. 641 ff
210) ZfP 1954 S. 139 ff, DÖV 1955 S. 12 f, DÖV 1956 S. 225 ff
211) AöR Band 82 S. 29

Grundgesetzes gehöre.[212] Damit war das Gericht also einen Schritt weitergegangen. Es beschränkte sich nicht mehr darauf zu behaupten, daß allein der Grundrechtsteil des Grundgesetzes auch in West-Berlin gelte, sondern proklamierte offen die Zugehörigkeit der drei Westsektoren zu Westdeutschland.

Da es bei der Verfassungsbeschwerde, die dieser Entscheidung zugrunde lag, jedoch nur vordergründig um eine Berliner Sache ging, sah der Erste Senat keinen Anlaß, auf Art. 23 und den Vorbehalt der Militärgouverneure einzugehen. Der damalige Bundestagsabgeordnete Schmidt-Wittmack hatte sich nämlich, nachdem er zuvor in Hamburg gewohnt hatte, im Ostsektor Berlins niedergelassen und legte Verfassungsbeschwerde gegen den Beschluß des Deutschen Bundestages vom 23. Februar 1955[213] ein, ihm aufgrund dieses Umstandes die Wählbarkeit zum Deutschen Bundestag abzusprechen und damit das Bundestagsmandat zu entziehen. Tatsächlich handelte es sich hier also um die Auslegung des Bundeswahlgesetzes, nicht jedoch um die des nur scheinbar eindeutigen Art. 23. Anders ausgedrückt: Jedem Staat steht es frei zu bestimmen, daß auch solche Personen in das Parlament gewählt werden können, die ihren Wohnsitz nicht in dem Gebiet haben, auf das sich die Hoheitsgewalt des Parlaments erstreckt. Eben eine solche Bestimmung enthielt das Bundeswahlgesetz, wenn es festlegte, daß auch wählbar sei, wer seinen Wohnsitz oder dauernden Aufenthalt im Land Berlin habe, falls er die sonstigen Wahlvoraussetzungen erfülle.[214] Für das Bundesverfassungsgericht bestand somit kein Grund, ausführlich darzulegen, was der westdeutsche Gesetzgeber zweifelsfrei bestimmt hatte.

Erst ein Jahr später, am 21. Mai 1957, nahm das Bundesverfassungsgericht - nunmehr der Zweite Senat - grundlegend und in umfassender Weise zur Berlin-Problematik Stellung. Der Zweite Senat wurde im Wege der konkreten Normenkontrolle von einem

212) BVerfGE 5 S. 7
213) Vergl. BT, 2. WP, 68. Sitzung S. 3479 sowie Drucksache II/1197.
214) BGBl 1953 I S. 471

Westberliner Gericht angerufen zu prüfen, ob das Westberliner Anwaltsgesetz mit dem Grundgesetz vereinbar, mithin verfassungsgemäß sei. Dieses Gesetz sah für Rechtsanwälte, die Anhänger eines totalitären Systems waren, den Ausspruch der Verwirkung der Grundrechte durch ein Westberliner Ehrengericht vor. Gemäß Art. 18 des Grundgesetzes ist für diesen Ausspruch jedoch allein das Bundesverfassungsgericht zuständig.[215] Das Bundesverfassungsgericht sah sich somit mit denselben Fragen konfrontiert wie im Jahre 1951: Ist West-Berlin Teil Westdeutschlands, d.h. muß es seine Gesetze an der westdeutschen Verfassung ausrichten? Wenn diese Frage positiv beantwortet wird: Ist das Bundesverfassungsgericht dann auch befugt, mit Wirkung für West-Berlin zu entscheiden?

Bevor der Zweite Senat zur eigentlichen Rechtsfindung schritt, setzte er sich selbst zwei Schranken. Einmal wurde der nicht zweifelhafte Wille des Verfassungsgebers zugrunde gelegt, Berlin in die westdeutsche Staatsorganisation einzubeziehen; das gehe aus Wortlaut und Sinn der Art. 23, 127 und 144 Abs. 2 des Grundgesetzes hervor. Zum anderen wurde ohne weiteres festgestellt, daß n u r aus der Verlautbarung der Militärgouverneure vom 12. Mai 1949, der die Vorbehalte der Westmächte erschöpfend beinhalte, entnommen werden könne, in welchem Ausmaß Maßnahmen der Besatzungsmächte die vom Parlamentarischen Rat festgelegte Stellung Berlins in Westdeutschland berührten.[216] Ist dem Hinweis des Zweiten Senats auf den klaren Wortlaut des Art. 23 nichts entgegenzusetzen, so muß die Prämisse, daß allein entscheidend sei, was in dem Genehmigungsschreiben der Militärgouverneure objektiv für den westdeutschen Partner erkennbar zum Ausdruck komme [217], doch als eine durch nichts zu begründende Entscheidung zugunsten einer Auslegungsmethode erscheinen, die dem Juristen zur Interpretation unklarer Gesetze bzw. Anordnungen zur Verfügung stehen.

---

215) Der konkreten Normenkontrollklage lag das Verhalten des Ostberliner Rechtsanwalts Friedrich Karl Kaul zugrunde, dem wegen seiner Mitgliedschaft in der SED und entsprechender Propagandatätigkeit die Zulassung bei Westberliner Gerichten entzogen werden sollte.

216) BVerfGE 7 S. 8

217) aaO S. 10

Nicht umsonst ging der Zweite Senat mit keinem Wort auf seine Wahl der objektiven Auslegungsmethode ein; er hätte zugestehen müssen, daß dem Juristen eine Vielzahl von Auslegungsmethoden zur Anwendung offensteht, die darüber hinaus nicht etwa in einem Rangverhältnis zueinander stehen, sondern je nach der Brauchbarkeit Anwendung finden.[218] So hätte in diesem Fall z.B. mit gleichem Recht die subjektive Auslegungsmethode herangezogen, d.h. der Wille der Besatzungsmächte zugrunde gelegt werden können.

Allein den Wortlaut des Art. 23 und den Vorbehalt der Militärgouverneure vom 12. Mai 1949 vor Augen fiel es dem Bundesverfassungsgericht nicht schwer, West-Berlin als Land Westdeutschlands zu reklamieren: In dem Genehmigungsschreiben hätten die Militärgouverneure lediglich das früher geäußerte Verlangen dahin gehend präzisiert, daß Berlin keine Stimmberechtigung in Bundestag und Bundesrat eingeräumt und daß es nicht durch den Bund regiert werden dürfe. Sie hätten nach der endgültigen Fertigstellung des Textes des Grundgesetzes durch den Parlamentarischen Rat weder Art. 23 mit Bezug auf Berlin suspendiert noch eine ausdrückliche Feststellung getroffen, daß Berlin nicht in die ursprüngliche Organisation Westdeutschlands einbezogen sei. So wenig wie die Willensbekundungen der Alliierten vom 2. März und 22. April 1949 bei der Auslegung des Vorbehalts berücksichtigt werden könnten, so wenig habe auch das spätere Verhalten der Westmächte darauf einen Einfluß. Das gelte sowohl für die Anordnung der Berliner Alliierten Kommandantura vom 29. August 1950, nach der Berlin keine Eigenschaften eines zwölften Landes besitze, als auch für den im Zusammenhang mit dem Dritten Überleitungsgesetz von der Alliierten Hohen Kommission im Jahre 1952 bekräftigten Standpunkt, daß Berlin kein Land Westdeutschlands sei und sich der Geltungsbereich des Grundgesetzes nicht auf Berlin erstrecke; denn die Alliierte Kommandantura sei nur für Berlin, nicht aber für Westdeutschland zuständig - könne mithin nichts Verbindliches über die Geltung des Grundgesetzes

218) Zippelius "Einführung in die juristische Methodenlehre" S. 53 ff

bestimmen -, und der Einwand der - für Westdeutschland zuständigen - Alliierten Hohen Kommission sei durch die immer enger gewordenen Beziehungen zwischen Westdeutschland und Berlin, denen die Westmächte nicht widersprochen hätten, gegenstandslos geworden. Das Bundesverfassungsgericht habe demnach davon auszugehen, daß Berlin ein Land Westdeutschlands sei und daß das Grundgesetz grundsätzlich auch in Berlin gelte. Soweit der Vorbehalt der Drei Mächte reiche und aufrecht-erhalten werde, unterliege allerdings die Anwendung des Grundgesetzes in Berlin Beschränkungen.

Trotz Geltung des Grundgesetzes in und für Berlin sei das Bundesverfassungsgericht wegen eben dieses Vorbehalts aber daran gehindert, mit Wirkung für Berlin zu judizieren, sofern sein Spruch die Ausübung von Regierungsgewalt über Berlin bedeuten würde. Das wäre jedoch zumindest dann der Fall, wenn ein Berliner Gesetz auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüft würde, da eine diesbezügliche Entscheidung unmittelbar in die Berliner Legislative und Exekutive eingriffe. Da die Alliierte Kommandantura die Übernahme des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes durch den Berliner Gesetzgeber verhindert habe, sei das Bundesverfassungsgericht als ein Verfassungsorgan Westdeutschlands nach wie vor nicht in der Lage, Berliner Sachen zu entscheiden, die Handlungen von Berliner Staatsorganen zum Inhalt hätten. Daran ändere auch nichts der Umstand, daß die Alliierte Hohe Kommission § 106 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes - der bekanntlich die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts für West-Berlin festlegt, soweit das Grundgesetz dort nicht gilt - nicht außer Kraft gesetzt habe. Abgesehen davon, daß bereits diese Vorschrift von der beschränkten Geltung des Grundgesetzes in Berlin ausgehe, könne aus dem Schweigen der Alliierten Hohen Kommission gegenüber einer Vorschrift, deren Auslegung erhebliche Schwierigkeiten bereite, nicht der weittragende Schluß gezogen werden, daß die Besatzungsmächte die unmittelbare Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts für Berlin zugelassen hätten. Daß eine solche Regelung nicht im Willen der Besatzungsmächte gelegen habe, ergebe ihr ständig weiter geübtes Verhalten.[219)]

---

219) aaO S. 10 ff

Diese Nichtzuständigkeitserklärung in Berliner Sachen wurde sowohl vom Ersten als auch vom Zweiten Senat in zwei weiteren Beschlüssen im Dezember 1957 bestätigt.[220] Die Meinungsbildung des Bundesverfassungsgerichts zum Verhältnis von West-Berlin zu Westdeutschland hatte damit zunächst einmal ihren Abschluß gefunden. Anders als im Zusammenhang mit der Frage des deutschen Staates unterlag sie keinen Widersprüchlichkeiten und Schwankungen. Die im Jahre 1951 vorsichtig angedeutete Position wurde vielmehr im Jahre 1957 fortgeschrieben und eindeutig formuliert, wobei beide Senate auf derselben Linie lagen. Das vorsichtige Taktieren des Ersten Senats im Jahre 1951 bestätigt im übrigen die Einschätzung, daß die im Beamten-Urteil desselben Senats aus dem Jahre 1953 gleichfalls nur angedeutete Position - der deutsche Staat sei spätestens im Jahre 1949 untergegangen - Methode hatte. Die öffentliche Reaktion sollte bei der Beantwortung schwieriger politischer Fragen zunächst einmal abgewartet werden. Dieses Vorgehen hatte im Zusammenhang mit der Berlin-Frage 1951 Erfolg; es sprach daher nichts dagegen, zwei Jahre später auf einem anderen Gebiet in der gleichen Weise zu verfahren. Wie sich zeigte, war dem Versuchsballon in Sachen deutscher Staat jedoch ein Mißerfolg beschieden.

Auch in Sachen Berlin muß, bevor auf den politischen Kontext eingegangen wird, geprüft werden, ob es sich hierbei um Rechtsanwendung des Bundesverfassungsgerichts handelte; denn wenn es Recht in dem Sinne gesprochen hatte, daß Normen auf einen bestimmten Sachverhalt angewandt wurden, daß nur ausgesprochen wurde, was eigentlich schon von der Legislative bestimmt war, kann eine etwaige Übereinstimmung mit der politischen Praxis der Feststellung, sich allein am Recht orientiert zu haben, keinen Abbruch tun. Im Gegenteil: Im Idealfall stimmen ja praktische Politik und Rechtsprechung überein; allerdings in dieser Reihenfolge, d.h. die Politik bestimmt den Rahmen des Rechts, die Gerichte bewegen sich innerhalb dieses Rahmens, sofern nicht die Politik offenkundig Unrecht

220) BVerfGE 7 S. 192 und 193

als Recht deklariert.

Die Entscheidung des Zweiten Senats vom 21. Mai 1957 lag mit ihrer Aussage "Berlin ist ein Land der Bundesrepublik Deutschland"[221] voll auf der von Drath 1951 vorgezeichneten und 1956 in ausführlicher Form vor dem Rechtsausschuß des Bundesrates wiederholten Linie.[222] Die Übereinstimmung reichte so weit, daß das Bundesverfassungsgericht ganze Passagen aus der Untersuchung Draths fast wörtlich übernommen hat. Wie Drath ging dabei auch das Bundesverfassungsgericht mit Schweigen über die Verkürzung des Begriffs Berlin bzw. Groß-Berlin auf West-Berlin hinweg. Das war ein Abweichen von der Verfassungsvorschrift des Art. 23, das durch den Vorbehalt der Militärgouverneure nicht gedeckt war, da dieser eben jene Begriffe "Berlin" und "Groß-Berlin" verwendet, eine Einschränkung des Art. 23 insoweit also nicht aus ihm hergeleitet werden kann. In diesem Punkt wurde mithin nicht auf den Willen des Verfassungsgebers abgestellt, kein Recht angewandt, sondern auf die politischen Gegebenheiten Rücksicht genommen: Der Ostsektor Berlins war dem Zugriff Westdeutschlands in jedem Fall entzogen. Wenn aber richtig ist, daß rechtswissenschaftliche Arbeit - und auf die stützte sich das Bundesverfassungsgericht ersichtlich - niemals "anders vorgehen kann, als indem sie aus dem, was bestimmt worden ist, die daraus sich ergebenden theoretischen Rückschlüsse auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis zieht" [223], dann hat das Bundesverfassungsgericht eben diese Arbeit nicht geleistet, sondern es hat sich von Gesichtspunkten der politischen Praxis, die keine Handhabe im Grundgesetz finden, leiten lassen. Da die Reduzierung Berlins auf die drei Westsektoren weder durch Art. 23 noch durch den Vorbehalt der Militärgouverneure gedeckt ist, handelte es sich nicht um Rechtsprechung, sondern um die Anerkennung der mit dem Recht nicht zu vereinbarenden politischen Praxis.

---

221) BVerfGE 7 S. 7. Diese Festlegung schien dem Gericht so wichtig zu sein, daß es sie im Tenor der Entscheidung aufnahm, vergl. aaO S. 1.
222) AöR Band 82 S. 27 ff
223) Drath JR 1951 S. 386

Die vom Bundesverfassungsgericht postulierte Zugehörigkeit des von ihm auf die drei Westsektoren begrenzten Landes Berlin zu Westdeutschland hängt allein davon ab, ob der Vorbehalt der Militärgouverneure eine Suspendierung oder nur Einschränkung dieser Zugehörigkeit beinhaltet. Das Gericht hat bei Auslegung des sicherlich interpretationsfähigen und -bedürftigen Vorbehalts auf die objektive Auslegungsmethode abgestellt. Daß diese Auslegungsmethode allein Richtigkeit beanspruchen könnte, wurde vom Bundesverfassungsgericht in derselben Entscheidung - wenn auch wohl unbewußt - selbst in Zweifel gezogen. Als es nämlich darum ging festzustellen, ob die Besatzungsmächte aufgrund ihres Schweigens § 106 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes und damit die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts mit Wirkung für West-Berlin zu judizieren, akzeptiert hätten, stellte es plötzlich auf den Willen der Besatzungsmächte und ihr ständig geübtes Verhalten ab.[224] Beides sprach gegen eine Akzeptierung dieser Vorschrift durch die Westmächte. Warum hier die subjektive, in Bezug auf den Vorbehalt der Militärgouverneure jedoch die objektive Auslegungsmethode angewandt wurde, ist wohl nur vom gewünschten Ergebnis her zu verstehen, kann dagegen kaum mit Rechtsanwendung im Sinne einer wertfreien Auslegung einer Norm charakterisiert werden.[225]

Trotz der Fragwürdigkeit der Methodenwahl soll dem Bundesverfassungsgericht gleichwohl bei seiner Art der Interpretation gefolgt werden. Bei der Auslegung des Vorbehalts der Militärgouverneure soll also nicht auf den subjektiven Willen der Verfasser des Vorbehalts abgestellt werden, auch nicht auf den des Empfängers, sondern auf das Verständnis eines nicht beteiligten - eben objektiven - Dritten. Dabei bezieht sich das Nichtbeteiligtsein dieses Dritten nicht nur auf Parteiinteressen, sondern in gleicher Weise auch auf das Zustandekommen des auszulegenden Textes. Er ist mithin frei von Parteiinteressen und in Unkenntnis der Vorgeschichte des

224) BVerfGE 7 S. 16

225) Böhm "Berliner Verfassung, Grundgesetz und Besatzungsmacht" S. 54 f sowie Finkelnburg AöR Band 95 S. 584 f machen auf diesen Widerspruch ebenfalls aufmerksam.

Vorbehalts. Die entscheidende Frage lautete demnach: Mußte der ideale nicht beteiligte Dritte davon ausgehen, daß die Militärgouverneure Art. 23 mit Wirkung für Berlin suspendiert oder nur eingeschränkt hatten?

Der Vorbehalt beschränkt sich nicht nur auf die Feststellung, daß die Art. 23 und 144 Abs. 2 nach Auffassung der Militärgouverneure die Annahme ihres früheren Ersuchens darstellen, sondern in einem Relativsatz wird auf dieses frühere Ersuchen eingegangen. Dieses frühere Ersuchen beinhaltete drei Punkte: Erstens darf Berlin keine abstimmungsberechtigten Mitglieder in den Bundestag oder Bundesrat entsenden; zweitens darf Berlin nicht durch den Bund regiert werden; drittens schließlich darf es eine kleine Zahl von Vertretern zur Teilnahme an den Sitzungen der genannten gesetzgebenden Körperschaften benennen. Diese Konkretisierung, für sich betrachtet, bewirkte folgendes. Einmal verhinderte die nicht abstimmungsberechtigte Mitgliedschaft Berlins in Bundestag und Bundesrat die Einwirkung Berlins auf die Zentralgewalt, d.h. Berlin wurde die Möglichkeit genommen, durch seine Teilnahme am politischen Willensbildungsprozeß in Westdeutschland, vor allem über den Bundesrat, den Bund im Verein mit den Ländern mitzuregieren. Die Teilnahme der Berliner Vertreter an den Sitzungen von Bundestag und Bundesrat ohne Abstimmungsberechtigung ermöglichte eine lediglich beratende, nicht jedoch eine gestaltende Mitwirkung im Sinne der Entscheidungsbefugnis. Zum anderen bedeutete die Feststellung, nach der Berlin nicht durch den Bund regiert werden dürfe, daß Berlin der Zentralgewalt Westdeutschlands nicht unterworfen war. Berlin sollte demnach also weder auf den Bund noch der Bund auf Berlin direkte Einflußmöglichkeit haben.

Nun spräche die Unterbindung der Regierungstätigkeit des Bundes in Berlin und umgekehrt der Mitregierungstätigkeit Berlins im Bund für sich allein nicht für eine Suspendierung des Teils des Art. 23, der Berlin betrifft. Wenn auch in der

Staatenpraxis nicht üblich, so ist doch theoretisch denkbar, daß ein bestimmtes Territorium zu einem Staatsgebiet gehört, ohne daß es der zentralen Staatsgewalt unterliegt bzw. ohne daß es an der zentralen Staatsgewalt partizipiert. Zumal im Frühjahr 1949 noch durchweg davon ausgegangen wurde, daß Westdeutschland kein Staat, sondern lediglich neu organisierter Teil des fortbestehenden Gesamtdeutschlands ist, andererseits die Deutschen nicht souverän, sondern dem Willen der Besatzungsmächte unterworfen waren, mithin außergewöhnliche Umstände herrschten, waren durchaus auch außergewöhnliche staatsrechtliche Konstruktionen möglich. Mit anderen Worten: Die in dem Relativsatz des Vorbehalts vorgenommene Konkretisierung des früheren Ersuchens der Militärgouverneure konnte, da von der ausdrücklichen Suspendierung der Mitgliedschaft Berlins im Bund nicht die Rede ist, so aufgefaßt werden, daß es zwar zum Territorium der drei Westzonen gehört, nicht jedoch in deren politische Organisation einbezogen ist.[226] Der Vorbehalt enthielte also keine Suspendierung, sondern nur eine Einschränkung der Zugehörigkeit Berlins zum Geltungsbereich des Grundgesetzes.

Diese Interpretation läßt allerdings den Hauptsatz des Vorbehalts außer acht, in dem die Militärgouverneure festgestellt haben, daß sie die Art. 23 und 144 Abs. 2 als Annahme ihres früheren Ersuchens verstünden. Der ausdrückliche Bezug auf das frühere Ersuchen macht dieses zum Bestandteil des Vorbehalts und verbietet es, den Relativsatz isoliert zu betrachten. Damit stellt sich aber die Frage: Korrespondiert das frühere Ersuchen der Militärgouverneure mit der im Relativsatz enthaltenen Konkretisierung? Das frühere Ersuchen ist in den bereits erwähnten Schreiben der Militärgouverneure vom 2. März und 22. April 1949 niedergelegt. Am 2. März 1949 hatten die Militärgouverneure den Parlamentarischen Rat wissen lassen: Es "muß mit Rücksicht auf die gegenwärtige Lage der

226) Das Verdienst, diese theoretische Möglichkeit als erster erkannt und die Schlußfolgerungen daraus dann auch deutlich angesprochen zu haben, gebührt zweifellos Drath.

Teil des Artikels 22, der sich auf Berlin bezieht, suspendiert werden. Nichtsdestoweniger würden keine Bedenken dagegen bestehen, daß die verantwortlichen Behörden in Berlin eine kleine Zahl von Vertretern dazu bestimmen, den Sitzungen des Parlaments beizuwohnen."[227] Und am 22. April 1949 hatten sie festgestellt: "Die Außenminister können gegenwärtig nicht zustimmen, daß Berlin als ein Land in die ursprüngliche Organisation der deutschen Bundesrepublik einbezogen wird."[228]

Obwohl beide Schreiben der Militärgouverneure einen unterschiedlichen Wortlaut hatten, besagten sie das gleiche. Die am 2. März 1949 nicht ausgesprochene, aber angedrohte Suspendierung des Berlin betreffenden Teils des Art. 23 war genauso deutlich wie das Schreiben vom 22. April 1949: Berlin sollte kein Land Westdeutschlands sein.

Die Formulierung der Militärgouverneure, daß Art. 23 und 144 Abs. 2 als Annahme ihres früheren Ersuchens interpretiert würden, besagt im Klartext also, daß das Grundgesetz nach ihrer Auffassung selbst bestimmt hat, daß Berlin nicht Teil Westdeutschlands ist. Wenn die Militärgouverneure das aber im Hauptsatz ihres Vorbehalts festgestellt haben, wäre es widersinnig, wenn sie im Relativsatz etwas anderes bestimmt hätten. Tatsächlich steht die Konkretisierung, daß Berlin keine abstimmungsberechtigte Mitgliedschaft in Bundestag und Bundesrat erhalten und der Bund nicht Berlin regieren dürfe, auch nicht im Widerspruch hierzu; denn die Feststellung, daß Berlin kein Land Westdeutschlands ist, schließt die beiden wesentlichen Kriterien der Zugehörigkeit eines Territoriums zu einem Staat aus: das Regiertwerden und das Mitregieren. Der Nebensatz ist also eine nicht vollständige Widerholung des früheren Ersuchens der Militärgouverneure. Da das frühere Ersuchen der Westmächte jedoch eindeutig ist und von ihnen durch die Art. 23 und 144 Abs. 2 als angenommen

227) "Dokumente zur Berlin-Frage" S. 112
228) aaO S. 113

interpretiert wurde, dieses Ersuchen darüber hinaus durch die ausdrückliche Bezugnahme Bestandteil des Vorbehalts geworden ist, ist es - auch für den objektiven Betrachter - unzulässig, lediglich von einer Beschränkung der Mitgliedschaft Berlins in Westdeutschland auszugehen. Hauptsatz und Nebensatz des Vorbehalts korrespondieren mithin miteinander, ohne daß das frühere Ersuchen wortwörtlich wiederholt wird. Bei dem Vorbehalt handelt es sich daher nicht um eine Präzisierung im Sinne einer Einschränkung der Mitgliedschaft Berlins in Westdeutschland, sondern um die Wiederholung des früheren Ersuchens der Westmächte, genauer um die Klarstellung, daß Berlin nicht als ein Land in Westdeutschland einbezogen werden dürfe.

Enthielte der Vorbehalt im übrigen nur eine Einschränkung und keine Suspendierung der Mitgliedschaft Berlins im Bund, wäre die Bezugnahme auf die Annahme des früheren Ersuchens überflüssig. Der Vorbehalt hätte statt dessen schlicht lauten müssen: We interpret the effect of Articles 23 and 144 (2) of the Basic Law in this way that while Berlin may not be accorded voting membership in the Bundestag or Bundesrat nor be governed by the Federation she may, nevertheless, designate a small number of representatives to attend the meetings of those legislative bodies. Angesichts der eindeutigen Haltung der Militärgouverneure ist nicht ersichtlich, warum sie von der Annahme ihres zweifelsfreien Ersuchens sprechen, um gleich darauf diese Annahme zu relativieren. Der objektive Betrachter kann daher nur zu dem Ergebnis kommen, daß der Vorbehalt die Mitgliedschaft Berlins im Bund suspendiert hat.

Warum haben die Westmächte eine auf den ersten Blick mißverständliche Ausdrucksweise gewählt? Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus dem Interessenwiderstreit, in dem sie sich bei Verabschiedung des Grundgesetzes befanden. Einerseits hatten sie den politischen Repräsentanten der drei Westzonen das Recht zugebilligt, in bezug auf dieses Territorium eine Verfassung auszuarbeiten.[229] Um den Schein der Souveränität des westdeutschen Verfassungsgebers - die tatsächlich nicht gegeben war - aufrechtzuerhalten, konnten die

229) Frankfurter Dokumente I, vergl. Deuerlein aaO S. 468 f.

Besatzungsmächte das vom Parlamentarischen Rat verabschiedete Grundgesetz nicht ändern. Jede von den Besatzungsmächten verfügte Streichung bzw. Ersetzung einer Verfassungsnorm hätte diesen Schein der Souveränität zerstört, im übrigen die Gefahr heraufbeschworen, daß das Grundgesetz von den Bundesländern nicht gutgeheißen und damit nicht in Kraft gesetzt worden wäre.[230] Andererseits waren den Westmächten hinsichtlich Berlins die Hände insofern gebunden, als sie über dieses deutsche Gebiet nicht frei verfügen konnten. Sie beharrten auf der fortbestehenden Viermächteverantwortung für ganz Berlin. Dieses Beharren konnte konsequenterweise nicht nur gegenüber dem sowjetischen Besatzungspartner, sondern mußte auch gegenüber dem besetzten Westdeutschland gelten. Das bedeutete zwangsläufig, daß Art. 23 in bezug auf Berlin von ihnen nicht akzeptiert werden konnte.

Die Westmächte waren also Gefangene der eigenen sich widerstreitenden Zielsetzungen. Da beide Zielsetzungen - rasche Verabschiedung des Grundgesetzes ohne offenen Eingriff der Westmächte, Aufrechterhaltung des besonderen Status von Berlin - jedoch nicht aufgegeben werden konnten, mußte ein Weg gefunden werden, der aus diesem nicht auflösbaren Spannungsfeld der Interessen der Westalliierten herausführte. Liest man vor diesem Hintergrund den Vorbehalt, so läßt sich nicht leugnen, daß die Westmächte die an sich nicht zu vereinbarenden Ziele gleichwohl in Einklang gebracht haben. Zunächst sollte die vom Parlamentarischen Rat verabschiedete Fassung des Grundgesetzes nicht geändert werden. Das schloß aus, daß die Besatzungsmächte durch nachträgliche Verfügung Grundgesetznormen oder Teile von ihnen änderten. Von einer ausdrücklichen Streichung des Berlin betreffenden Teils des Art. 23 war nicht die Rede, vielmehr wurde diese Verfassungsnorm durch den Vorbehalt in einem bestimmten Sinn interpretiert.

230) Über die Folgen einer Ablehnung der vom Parlamentarischen Rat zu erarbeitenden Verfassung konnte bei den Westmächten kein Zweifel bestanden haben, wie eine Bemerkung Carlo Schmids zeigt: "Der französische Botschafter hat mich neulich in Tübingen zu 'beraten' versucht. Ich habe gesagt: Bitte, wenn das Ganze (das Grundgesetz) vorliegt, sagen Sie ja oder nein; Sie werden es zu verantworten haben; es wird nicht ohne Folgen sein, wenn Sie nein sagen." Parlamentarischer Rat, Ausschuß für Grundsatzfragen, 20. Sitzung S. 24.

Auf diese Weise wurde das Grundgesetz dem Buchstaben nach durch den Vorbehalt nicht berührt. Wohl aber dem Inhalt nach; denn durch die ausdrückliche Bezugnahme auf ihr früheres Ersuchen, das keinem Zweifel unterliegen konnte, und die Festlegung, daß sie die Art. 23 und 144 Abs. 2 als Annahme dieses Ersuchens interpretierten, hatten sie auch ihr zweites Ziel erreicht. Mehr noch: Die Feststellung, daß die Art. 23 und 144 Abs. 2 als constituting acceptance[231)] ihres früheren Ersuchens interpretiert würden, bedeutete nichts anderes, als daß der Parlamentarische Rat nach ihrer Ansicht als souveräner Verfassungsgeber selbst auf die Mitgliedschaft Berlins in Westdeutschland verzichtet hatte. Der Schwarze Peter, den der Parlamentarische Rat den Westmächten durch sein Beharren auf der Fassung des Art. 23 zugeschoben hatte, war somit von ihnen an den Absender zurückgereicht worden.

Vor Verabschiedung des Grundgesetzes konnten die Westmächte eine klare Sprache wählen. Zwar waren die Schreiben der Militärgouverneure vom 2. März und 22. April 1949 ohne Zweifel der Versuch einer Einflußnahme auf die Willensbildung des Parlamentarischen Rates, aber diese Einflußnahme erfolgte im Verlauf der noch nicht abgeschlossenen Beratungen des Parlamentarischen Rates und war daher legitim. Im übrigen lag es letztlich beim westdeutschen Verfassungsgeber, ob er sich dem Druck der Westmächte beugte oder nicht. Nach Verabschiedung des Grundgesetzes war diese klare Sprache nicht mehr möglich, es sei denn, die Westmächte hätten das Scheitern der, wie sie es sahen, westdeutschen Staatsgründung riskieren wollen. Nicht zuletzt aus diesem Grunde wurde das Grundgesetz von ihnen auch in der Form eines Schreibens und nicht etwa einer Verordnung genehmigt. Nicht die Besatzungsmächte, sondern der deutsche Verfassungsgeber setzte das Grundgesetz in Kraft. Der formlose Vorbehalt hatte darüber hinaus den Vorteil, daß er, sobald die Grundlage für ihn entfiel, ohne weiteres als gegen-

231) Der Parlamentarische Rat übersetzte "constituting acceptance" lediglich mit "Annahme", wodurch die besondere Art der Annahme sicherlich nicht richtig wiedergegeben wurde. Auch hinsichtlich der Zahl der zu entsendenden Berliner Vertreter war der Parlamentarische Rat ungenau: Während der Originaltext von small number spricht, heißt es im Deutschen: "eine beschränkte Anzahl". Vergl. Verordnungsblatt für die Britische Zone 1947 S. 416.

standlos betrachtet werden konnte.[232] Obwohl also die Westmächte in ihrem Vorbehalt zum Grundgesetz eine Sprache wählten, die den Bestand des Art. 23 vom Buchstaben her nicht tangiert, hatten sie mit dem Bezug auf ihr früheres Ersuchen den an sich interpretationsfähigen Worten "nicht durch den Bund regiert werden" und "keine abstimmungsberechtigte Mitgliedschaft" einen eindeutigen Inhalt gegeben, darin im übrigen dem allgemeinen Verständnis der Regierungstätigkeit folgend, daß nur diejenigen Gebiete der Regierungsgewalt eines Staates unterliegen, die auch Teil des der Staatsgewalt unterliegenden Staatsgebietes sind. Eben das sollte Berlin bezüglich Westdeutschland nicht sein.

Auch unter Anwendung der objektiven Auslegungsmethode kommt man also zu dem Ergebnis, daß Berlin kein Land Westdeutschlands ist, da der Vorbehalt der Militärgouverneure Art. 23 insoweit überlagert. Wenn das Bundesverfassungsgericht unter Heranziehung derselben Auslegungsmethode gleichwohl zum entgegengesetzten Ergebnis gelangte, so nur aufgrund eines Kunstgriffs: Mit der Feststellung "Nur aus der Verlautbarung der Militärgouverneure nach Verabschiedung des Grundgesetzes, die die Zustimmung erteilt und die Vorbehalte erschöpfend umschreibt, kann entnommen werden, in welchem Ausmaß eine Maßnahme der Besatzungsmächte die vom deutschen Verfassungsgeber festgelegte Stellung Berlins in der Bundesrepublik berührt."[233] wurde der Hinweis der Westmächte auf ihr früheres Ersuchen negiert.[234] Drath, auf den sich das Bundesverfassungsgericht ansonsten ersichtlich stützte, hatte diese Prämisse mit der Entwicklungsgeschichte des Vorbehalts zu begründen versucht.[235] Das war, wie dargelegt worden ist, jedoch eine einseitige Interpretation, die es dem Zweiten Senat auch geraten erscheinen ließ, es lediglich bei seiner Behauptung zu belassen. Der Vorbehalt ist eben nicht das Ergebnis von Verhandlungen zwischen zwei gleichberechtigten Partnern, sondern eine Willensäußerung der-

232) Die weiteren in dem Genehmigungsschreiben vom 12. Mai 1949 gemachten Vorbehalte wurden dann auch mit Ratifizierung der Pariser Verträge gegenstandslos.
233) BVerfGE 7 S. 8 f.
234) Ebenso Zivier "Der Rechtsstatus des Landes Berlin" S. 93.
235) JR 1951 S. 386 ff und AöR Band 82 S. 38 ff

jenigen, die letztlich die alleinige Entscheidungsbefugnis in dieser Frage hatten. Nur wer die beiden eindeutigen Stellungnahmen der Westmächte vom 2. März und 22. April 1949 außer Betracht läßt - wie es das Bundesverfassungsgericht und Drath mit zweifelhafter Begründung taten -, kann zu dem Ergebnis kommen, daß Art. 23 in Bezug auf Berlin nicht suspendiert ist, sondern nur Einschränkungen unterliegt.[236)]

Die Auslegung des Art. 23 überlagernden Vorbehalts der Militärgouverneure durch das Bundesverfassungsgericht, damit aber auch seine Feststellung, daß Berlin ein Land Westdeutschlands sei, ist somit kaum haltbar. Die Beschränkung des Art. 23 lediglich auf West-Berlin findet dagegen weder in dieser Vorschrift noch in dem Vorbehalt eine Grundlage, ja sie steht in klarem Widerspruch zum Wortlaut beider. Während die Einschränkung des Art. 23 daher mit Rechtsprechung nichts zu tun hatte, sondern eine Referenz vor den politischen Realitäten war, ist dem Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der Auslegung des Vorbehalts zumindest der Vorwurf zu machen, eine wenig haltbare Interpretation vorgenommen zu haben. Wie jede andere Institution ist jedoch auch das Bundesverfassungsgericht vor Fehlentscheidungen nicht gefeit. Allein die Fehlentscheidung berechtigt daher nicht zu dem Urteil, das Bundesverfassungsgericht habe recht eigentlich keine Rechtsfindung betrieben, sondern lediglich außerrechtliche Gesichtspunkte als solche ausgegeben. Wenn dennoch Zweifel angebracht sind, daß diese Rechtsprechung nicht unbeeinflußt von nichtjuristischen Gesichtspunkten erfolgte, so aufgrund einiger Ungereimt-

---

236) Nur am Rande sei vermerkt, daß die Auslegung des Bundesverfassungsgerichts nicht einmal den Erfordernissen genügte, die es selbst im Jahre 1952 an die objektive Auslegungsmethode gestellt hatte: daß es auf den in der Gesetzesbestimmung zum Ausdruck gekommenen objektivierten Willen ankomme. Die Militärgouverneure waren zwar nicht als Gesetzgeber aufgetreten mit der Folge, daß das Genehmigungsschreiben auch nicht die Form eines Gesetzes aufweist. Aber es erfüllt doch denselben Zweck wie ein Gesetz, so daß es unabhängig von seiner rechtlichen Qualifizierung mit Hilfe derselben Kriterien ausgelegt werden muß, die bei einer Gesetzesbestimmung zugrunde zu legen sind. Der objektivierte Wille der Militärgouverneure ist jedoch in der Formulierung "as constituting acceptance of our previous request" hinreichend klar zum Ausdruck gekommen. Vergl. BVerfGE 1 S. 312.

heiten, die das Gericht zum Teil sogar selbst erkannte, aber nicht überzeugend widerlegte.

Zunächst ist erstaunlich, daß der Zweite Senat im Jahre 1957 in so eindeutiger Form zum Verhältnis von West-Berlin zu Westdeutschland Stellung bezog, obwohl das nicht erforderlich war; denn wenn von zwei Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Vorlagebeschlusses - West-Berlin Bestandteil Westdeutschlands sowie Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts für West-Berlin - eine ersichtlich nicht erfüllt ist, erübrigt sich, schon aus rein arbeitsökonomischen Gründen, jede wie auch immer lautende Ausführung über die andere, noch dazu höchst diffizile Vorfrage. Das Verhältnis von West-Berlin zu Westdeutschland war in diesem Fall derart problematisch, im Kern noch dazu eine politische Frage, daß es schon vor dem Hintergund der vom Bundesverfassungsgericht selbst postulierten Selbstbescheidung auf eine Stellungnahme hätte verzichten sollen und müssen. Dieser Verzicht bot sich geradezu an, da das Bundesverfassungsgericht ohnehin nicht befugt war, in Berliner Sachen zu judizieren. Um das aber festzustellen, war es ohne Belang, in welchem Verhältnis West-Berlin zu Westdeutschland steht. Diese Nichtbeachtung der Selbstbescheidung gilt im übrigen auch für die Entscheidung aus dem Jahre 1951.

Des weiteren fällt auf, daß das Bundesverfassungsgericht zwar das Ergebnis der Untersuchung ihres Richterkollegen Drath in Form einer Behauptung wiedergab, nicht aber dessen Begründung übernahm, was nahegelegen hätte, wo es sich so offenkundig auf vorher geleistete rechtswissenschaftliche Arbeit stützte. Wenn das Bundesverfassungsgericht in einer politisch höchst brisanten Frage ohne Not in so klarer Form Stellung bezog und dabei auf eine juristische Begründung verzichtete, mußte es dafür Motive haben. Der Verdacht liegt nahe, daß andere, eben nicht rechtliche Gründe eine Rolle spielten.

Ferner muß darauf aufmerksam gemacht werden, daß diese vom Bundesverfassungsgericht angeblich praktizierte objektive Auslegungsmethode zu einem Ergebnis führte, zu dem nicht einmal

die subjektive Auslegung der von dem Vorbehalt der Militärgouverneure zuvörderst Betroffenen gelangte. Die subjektive Auslegungsmethode geht im Gegensatz zur objektiven nicht von einem unbeteiligten Beobachter aus, sondern legt das Verständnis der Beteiligten unter Berücksichtigung ihrer in den Verhandlungen verfolgten Zielsetzungen zugrunde. Mithin sind hier zwei subjektive Auslegungen möglich, nämlich die der Westmächte und die der Westdeutschen. Der Wille der Westmächte ist klar und soll daher außer Betracht bleiben. Wie aber haben die Adressaten des Vorbehalts, die Berlin in die westdeutsche Staatsorganisation einbeziehen wollten und das gegenüber den Westmächten hinreichend zum Ausdruck gebracht hatten, diesen unter Zugrundelegung ihrer Absichten verstanden?

Es ist bereits dargelegt worden, in welcher Weise der Präsident des Parlamentarischen Rates und erste Bundeskanzler Adenauer den Vorbehalt auffaßte; für ihn bedeutete er die Suspendierung des Berlin betreffenden Teils des Art. 23. Im gleichen Sinn äußerten sich der CDU-Abgeordnete Pünder[237] sowie der SPD-Abgeordnete Wehner [238], die beide forderten, Berlin müsse so behandelt werden, als wäre es bereits das zwölfte Land Westdeutschlands. Dieses Verständnis entsprach einem am 30. September 1949 vom Bundestag fast einmütig gefaßten Beschluß, der die Verbundenheit Westdeutschlands mit Berlin mit folgenden Worten zum Ausdruck brachte: "Der Bundestag bekennt sich zu Berlin als dem demokratischen Vorposten Deutschlands. Er erklärt feierlich vor aller Welt, daß nach dem Willen des deutschen Volkes Groß-Berlin Bestandteil der Bundesrepublik Deutschland und ihrer Hauptstadt sein soll."[239] Dieser Beschluß, der auf Antrag der SPD-Fraktion zustande kam, beinhaltete zweifellos eine Forderung, die auf die Zukunft gerichtet war; denn was sein soll, ist noch nicht. Der Bundestag ging 1949 mithin davon aus, daß Berlin nicht Bestandteil Westdeutschlands ist.

---

237) BT, 1. WP, 13. Sitzung S. 313
238) aaO S. 318
239) BT, 1. WP, 11. Sitzung S. 244 sowie Drucksache I/3

Auch die Berliner Stadtverordnetenversammlung brachte ihr Verständnis von dem Vorbehalt der Militärgouverneure unmißverständlich zum Ausdruck. Am 19. Mai 1949 hatte sie einhellig "mit großem Bedauern davon Kenntnis genommen, daß die internationale Lage es den Militärgouverneuren nicht gestattet hat, Groß-Berlin gegenwärtig in die Bundesrepublik Deutschland einzubeziehen", um dann fortzufahren: "Formal getrennt, fühlt sich Berlin dem Geiste nach schon heute aufs engste mit der Bundesrepublik Deutschland verbunden. Die Aufhebung der Blockade erweckt in uns die Hoffnung, daß auch der Weg zum Anschluß für alle deutschen Länder an die Bundesrepublik Deutschland frei wird."[240]

Was endlich den Parlamentarischen Rat als dem erbitterten Widersacher der Westmächte in dieser Frage angeht, so äußerte er sich nach Kenntnisnahme des Vorbehalts am 12. Mai 1949 nicht mehr. Zwei Tage vorher hatte er jedoch unzweideutig dokumentiert, wie er die Stellung Berlins im Verhältnis zu Westdeutschland sah. § 26 des von ihm verabschiedeten Wahlgesetzes lautete nämlich: "Der Parlamentarische Rat empfiehlt der Stadtverordnetenversammlung von Berlin bis zum Eintritt des Landes Berlin in die Bundesrepublik Deutschland die Entsendung von fünfzehn Delegierten aus ihrer Mitte in den Bundestag mit beratender Funktion."[241] In die westdeutsche Staatsorganisation konnte nur eintreten, wer ihr nicht angehörte. Das Wahlgesetz ging also davon aus, daß Berlin nicht Teil Westdeutschlands ist. Diese Formulierung war erst nach der Intervention der Militärgouverneure zustande gekommen, nachdem zunächst auch im Hinblick auf das Wahlgesetz von der Zugehörigkeit Berlins zu Westdeutschland ausgegangen worden war.[242] Wenn der Vorbehalt nun tatsächlich nur eine Einschränkung der Mitgliedschaft Berlins im Bund, nicht aber eine Suspendierung beinhalten würde, hätte es nahe-gelegen, das Wahlgesetz in diesem Sinne zu ändern. Zeit dazu hatte der Parlamentarische Rat durchaus; denn zu seiner letzten Sitzung kam er erst am 23. Mai 1949 zusammen. Die Tatsache, daß er den

240) Stadtverordnetenversammlung von Berlin, 2. WP, 14. Sitzung S. 19 f und 24
241) Drucksache 924 sowie Parlamentarischer Rat, 11. Sitzung S. 269
242) Vergl. den ursprünglichen Gesetzentwurf Drucksache 624, insbesondere §§ 8 und 50, sowie Parlamentarischer Rat, 8. Sitzung S. 154 ff.

eindeutigen Wortlaut des § 26 bestehen ließ, er andererseits der letzte gewesen wäre, der die Nichtzugehörigkeit Berlins zu Westdeutschland freiwillig anerkannt hätte, zeigt, daß der Vorbehalt vom Parlamentarischen Rat so verstanden wurde, wie die Militärgouverneure ihn gemeint hatten.[243)]

Die subjektive Auslegung der von dem Vorbehalt betroffenen Westdeutschen wie auch Westberliner kam 1949 also zu dem Ergebnis, daß die vom Parlamentarischen Rat angestrebte Einbeziehung Berlins in Westdeutschland durch den Eingriff der Militärgouverneure suspendiert worden ist.[244)] Es erscheint merkwürdig, daß diejenigen, die das höchste Interesse daran hatten, Berlin in den freien Teil Deutschlands einzubeziehen, den Vorbehalt zu ihren Ungunsten auslegten, ein unbeteiligter Beobachter jedoch zum gegenteiligen Ergebnis gelangen sollte. Das Bundesverfassungsgericht löste diesen Widerspruch mit der Feststellung, "die deutsche Staatspraxis hat die vom Grundgesetz festgelegte Stellung Berlins in der Bundesrepublik zunächst nicht klar erkannt", um dann hinzuzufügen: "In der Folgezeit hat sich dann immer mehr die Einsicht Bahn gebrochen, daß Berlin rechtlich zur Bundesrepublik gehört und daß nur die für Berlin aufrecht-erhaltene Besatzungsgewalt und der sich darauf beziehende Vorbehalt gegenüber dem Bund der vollen Auswirkung dieser de jure bestehenden Mitgliedschaft entgegensteht."[245)] Weisen diese Ausführungen bereits darauf hin, daß weniger juristische als vielmehr politische Gesichtspunkte die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bewirkten, wird das noch deutlicher an der Art, wie die vom Gericht selbst erwähnte Bekräftigung des Standpunktes der Alliierten, daß Berlin nach ihrer Auffassung kein Land Westdeutschlands

243) Daß das Wahlgesetz schließlich doch nur mit von den Militärgouverneuren verfügten Änderungen in Kraft treten konnte, lag nicht zuletzt daran, daß der Parlamentarische Rat 15 Berliner Vertreter mit beratender Funktion vorgesehen hatte, die Militärgouverneure aber lediglich 8 konzedierten; vergl. BGBl 1949 S. 21 ff.

244) Lush ICLQ 1965 S. 753 stellt zutreffend fest: "It is fair to conclude that in 1949 no one, either on the German or Allied side, had any doubt that Berlin was not included in the Federal Republic." Vergl. auch Riklin aaO S. 157.

245) BVerfGE 7 S. 12

sei, übergangen wurde. Trotz dieses Einwandes der Besatzungsmächte nämlich "ist das Band zwischen Berlin und der Bundesrepublik immer enger geworden" [246].

Es sind also Zweifel erlaubt, ob es sich bei den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus den Jahren 1951 und 1957 nur um Rechtsfindung unter Anwendung von Rechtsnormen handelte. Die wenig rechtserheblichen Sätze des Bundesverfassungsgerichts lassen vermuten, daß nicht so sehr die durch Drath in Gang gesetzte Neubesinnung auf der Rechtsebene, sondern vor allem ein Wandel der Beziehungen zwischen West-Berlin und Westdeutschland, d.h. eine geänderte politische Landschaft zugleich Auslöser für die an sich nicht notwendigen Entscheidungen und - was wichtiger ist - die eigentliche Begründung war. Hatte ein solcher Wandel stattgefunden, der es gestattete, die ehedem unterstellte Suspendierung des Berlin betreffenden Teils des Art. 23 als obsolet zu betrachten?

3. Die Beziehungen des Bundes zu West-Berlin

Wie die politische Entwicklung zwischen Westdeutschland und West-Berlin zeigt, gingen Westmächte, Westdeutsche und Westberliner etwa zwei Jahre lang von einem gemeinsamen Standpunkt aus. Die Position der Westdeutschen wurde dabei insbesondere an der "dilatorischen Behandlung"[247] der Westberliner Wünsche auf wirtschaftliche Hilfe augenscheinlich. Das Volkseinkommen Berlins resultierte, solange es Hauptstadt des Deutschen Reiches war, zur Hälfte aus eben dieser Hauptstadtfunktion. Der Wegfall der Hauptstadtfunktion machte sich nach Beendigung der Blockade in aller Schärfe bemerkbar. Übermäßige Unterproduktion und eine damit einhergehende hohe Arbeitslosenzahl machten es West-Berlin unmöglich, die wirtschaftlichen Probleme aus eigener Kraft zu bewältigen. Die Lebens-

246) aaO S. 13. Auch D. Mahncke - "Berlin im geteilten Deutschland" S. 64 - kommt zu dem Schluß, daß es sich hier um einen "für die Rechtsfrage wohl weniger relevanten Satz" handelt.

247) Brandt/Löwenthal "Ernst Reuter" S. 544

fähigkeit West-Berlins hing daher entscheidend von der Hilfe Dritter ab. Für diese unabweisbare Wirtschaftshilfe kamen allerdings nur zwei Partner in Betracht: die Besatzungsmächte und Westdeutschland.

Bis zum Jahre 1949 stammte die finanzielle Unterstützung West-Berlins fast ausschließlich aus amerikanischen Quellen.[248] Das war angesichts der Besetzung Deutschlands und einer nicht vorhandenen deutschen Staatsorganisation nicht erstaunlich. Spätestens mit der Konstituierung Westdeutschlands wähnten sich die Amerikaner dieser Verantwortung jedoch enthoben; nach ihrer Ansicht lag nunmehr die Hauptverantwortung für die wirtschaftliche Stabilität West-Berlins bei Bonn.[249] Dieser Auffassung entsprach ihr Beschluß, West-Berlin in die für Westdeutschland bestimmte Marshallplan-Hilfe einzubeziehen.[250] Ernst Reuter, der beharrlich auf eine solche Lösung gedrängt und sich gegen die alternative Vorstellung gewandt hatte, West-Berlin als Stadtstaat - nach dem Vorbild Danzigs - als Vollmitglied in das Marshallplan-Programm aufzunehmen [251], konnte das als ersten Erfolg seiner Bemühungen um die Einbindung West-Berlins in Westdeutschland verbuchen.

Die westdeutsche Regierung stand dieser konzertierten Aktion von Westalliierten, insbesondere Amerikanern, und Westberlinern äußerst reserviert gegenüber. Zwar wurde West-Berlin wiederholt als "demokratischer Vorposten Deutschlands"[252] gewürdigt und auch die wirtschaftliche Unterstützung durch Bonn in Aussicht gestellt.[253] Das waren jedoch mehr oder weniger deklamatorische Worte, denen in der Praxis zunächst keine entsprechenden Taten folgten. Vielmehr ging man in Westdeutschland davon aus, mit der bereits während der Blockadezeit eingeführten Sondersteuer "Notopfer Berlin" das Seine zur wirtschaftlichen

---

248) Rogge "Die amerikanische Hilfe für West-Berlin" S. 38 ff
249) In diesem Sinn äußerte sich der amerikanische Militärgouverneur, General Clay, bereits am 22. November 1948; vergl. Smith "The Defense of Berlin" S. 135 f sowie "Berlin - Quellen und Dokumente" S. 1295.
250) "Berlin - Ringen um Einheit und Wiederaufbau" S. 365 f
251) aaO S. 247, 301 ff
252) Entsprechend einem Beschluß des Deutschen Bundestages vom 30. September 1949; vergl. oben S. 134.
253) So z.B. Adenauer BT, 1. WP, 5. Sitzung S. 26.

Wiederbelebung West-Berlins beizutragen. Mehr noch: Einige westdeutsche Politiker scheuten sich nicht, ihren egoistischen Standpunkt offen zu vertreten und vor einer übermäßigen Berlin-Hilfe zu warnen, da jede Mark, die nach West-Berlin gehe, der westdeutschen Wirtschaft entzogen werde.[254] Maßgeblich für diese westdeutsche Zurückhaltung waren nicht nur die Ungewißheit über die eigene wirtschaftliche Entwicklung sowie die unsichere politische Zukunft Berlins, sondern vor allem die Tatsache, daß Westdeutschland aufgrund des Vorbehalts der Militärgouverneure in West-Berlin kein Mitspracherecht hatte. Diese Haltung der westdeutschen Regierung mag moralisch anfechtbar gewesen sein, sie war jedoch logisch. Wenn Berlin nicht zum Bundesgebiet gehörte, sollten diejenigen für die Lebensfähigkeit Sorge tragen, die die Oberhoheit beanspruchten.

Erst die öffentliche Aufforderung der Westmächte, die Bundesregierung müsse das Problem der finanziellen Berlin-Hilfe vordringlich lösen[255], führte zu einem langsamen Wandel der westdeutschen Position. Sichtbaren Ausdruck fand die Bereitschaft Westdeutschlands, sich wirtschaftlich für West-Berlin zu engagieren, in den ab Oktober 1949 gewährten Monatszuschüssen zum Westberliner Haushalt[256] sowie in dem Abkommen über die wirtschaftliche Zusammenarbeit zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und Westdeutschland vom 15. Dezember 1949, dessen Art. 7 lautete: "Die Bundesrepublik wird dem amerikanischen, dem britischen und dem französischen Sektor in Berlin im größtmöglichen Ausmaß die Hilfe angedeihen lassen, die aufgrund von Beratungen zwischen der Regierung der Bundesrepublik und der Stadt Berlin für die wirtschaftliche Erhaltung und Entwicklung dieses Gebietes als erforderlich festgesetzt wird."[257]

---

254) Z.B. die Abgeordneten Seelos (BP) und Frau Kalinke (DP); vergl. BT, 1. WP, 11. Sitzung S. 230 und 40. Sitzung S. 1378 f.
255) "Berlin - Ringen um Einheit und Wiederaufbau" S. 358
256) Vergl. die Ausführungen des Bundesministers der Finanzen Schäffer, BT, 1. WP, 13. Sitzung S. 309 ff.
257) BGBl 1950 S. 16

Nach langwierigen Verhandlungen zwischen Bonn und West-Berlin, die von der Überlegung Bundesminister Schäffers, die erst im Oktober 1949 gewährten monatlichen Zuschüsse zum Westberliner Haushalt wieder zu reduzieren, sowie von abermaligem öffentlichen Druck der Westmächte auf die Bundesregierung[258] begleitet wurden, wurde schließlich im Oktober 1950 in einer Verwaltungsvereinbarung die Finanzhilfe des Bundes zum ersten Mal auf Jahresbasis festgelegt.[259] Von West-Berlin als Bundesland bzw. einer Einbeziehung West-Berlins in Westdeutschland war in diesem Abkommen nicht die Rede, ja davon war auf Wunsch Bundesminister Schäffers ausdrücklich Abstand genommen worden.[260] So brachte die besondere Form der Verwaltungsvereinbarung - im Gegensatz zu dem für die Bundesländer geltenden Ersten Überleitungsgesetz[261] - erneut zum Ausdruck, was bereits die Vereinbarung zwischen den Vereinigten Staaten und der Bundesregierung vom 15. Dezember 1949 deutlich gemacht hatte: West-Berlin lag nach Ansicht der Bundesregierung außerhalb des westdeutschen Territoriums.

Entsprechend dieser Haltung verhielt sich die Bundesregierung im Zusammenhang mit der vom Bundestag bereits am 21. Oktober 1949 geforderten Verlegung von Bundesdienststellen nach West-Berlin, um auf diese Weise der um ihre Existenz ringenden Wirtschaft und Bevölkerung West-Berlins zu helfen.[262] Zwar war jedermann klar, daß diese Verlegung zur Schaffung dringend notwendiger Arbeitsplätze in West-Berlin beigetragen hätte, gleichwohl verlief die Aktion nur sehr zögernd und nicht im Sinne der antragstellenden SPD. Vor allen Dingen weigerte sich die Bundesregierung, außer einer Außenstelle des Bundesministeriums für gesamtdeutsche Fragen Außenstellen weiterer Ministerien in West-Berlin zu errichten. Statt dessen begnügte man sich mit der Verlegung von Behördenzweigstellen, etwa des Deutschen Patentamtes, des posttechnischen Zentralamtes oder der Einfuhr- und Vorratsstelle für Fette.[263] Die Verlegung

258) Prowe "Weltstadt in Krisen" S. 43 ff
259) "Berlin - Quellen und Dokumente" S. 2124 f
260) BT, 1. WP, 86. Sitzung S. 3221
261) BGBl 1950 S. 773 ff
262) BT, 1. WP, 13. Sitzung S. 327
263) Hennig "Die Bundespräsenz in West-Berlin" S. 31 ff

ganzer Bundesbehörden nach West-Berlin, wie es die Bundesregierung am 28. Februar 1950 und 24. März 1950 selbst in Aussicht gestellt hatte [264], fand dagegen in den ersten beiden Jahren nach Verabschiedung des Grundgesetzes nicht statt; mit einer Ausnahme, die aber wiederum bezeichnend für den Standpunkt der Bundesregierung in Sachen Berlin war: der "Bevollmächtigte der Bundesrepublik Deutschland für Berlin" nahm am 1. Februar 1950 seine Arbeit in West-Berlin auf. Diese Institution kam allerdings einer diplomatischen Vertretung näher als einer normalen Bundesbehörde; denn der Bevollmächtigte "repräsentiert die Bundesrepublik in Berlin" [265]. Diese Repräsentation fand in den westdeutschen Bundesländern nicht statt, so daß die Institution des Bundesbevollmächtigten nur ein weiteres Zeichen für die Nichtzugehörigkeit West-Berlins zum Bund war.[266] Vor dem Hintergrund dieser Nichtzugehörigkeit erklärte man sich zwar zur Schaffung von Arbeitsplätzen in West-Berlin bereit, sah sich jedoch außerstande, in einer Stadt, die nicht Bestandteil westdeutschen Territoriums war, mehr als nur Zweigstellen von Behörden einzurichten.

Auch auf einem anderen Gebiet, dem der internationalen Verträge und der Gesetzgebung, kam die Position der Bundesregierung in der Berlin-Frage deutlich zum Ausdruck. Im Jahre 1950 schloß Westdeutschland u.a. mit der Schweiz ein Abkommen über die Sozialversicherung, dessen entsprechende Passage

---

264) Brandt/Uhlitz/Korber "Von Bonn nach Berlin" S. 22

265) Erlaß der Bundesregierung über die Aufgaben und Befugnisse des Bevollmächtigten der Bundesrepublik Deutschland, "Dokumente zur Berlin-Frage" S. 195. Vergl. im übrigen die Schreiben des Bundeskanzlers, des Oberbürgermeisters von Berlin und der drei Westalliierten vom Februar 1950, "Berlin - Quellen und Dokumente" S. 2066 f.

266) Egon Bahr machte hierauf viele Jahre später, als er die Position des Bundesbevollmächtigten einnahm, aufmerksam: "Was die damalige CDU-Regierung über Berlin in Wirklichkeit gedacht hat, ließ sich überhaupt nicht besser ausdrücken, als es auf dem Schild gedruckt war, das ich als einziges Schild in Berlin habe entfernen lassen. Nämlich das Schild "Bundesbevollmächtigter der Bundesrepublik Deutschland". Dieses war ein Schild, wie man es hat an Botschaften in fremden Ländern." Vergl. Cramer "Egon Bahr" S. 83 f. Auf den janusköpfigen Charakter des Bevollmächtigten geht auch Görlich "Die staatsrechtliche Stellung des Bevollmächtigten der Bundesrepublik Deutschland in Berlin" S. 95 ff ein.

hinsichtlich des Anwendungsbereiches lautete: "Zur Bundesrepublik Deutschland im Sinne dieses Abkommens gehören die deutschen Länder, deren Einwohner berechtigt sind, stimmberechtigte Abgeordnete in den Deutschen Bundestag zu wählen."[267] Diese Formulierung ist nicht nur Beweis für die schon unmittelbar nach Verabschiedung des Grundgesetzes praktizierte Sprachregelung, nach der Bundesrepublik Deutschland für Westdeutschland stand, sondern zeigt darüber hinaus, wie konsequent die Bundesregierung gemäß dem Vorbehalt der Militärgouverneure handelte.

Gleicher Ansicht wie die Bundesregierung waren im übrigen alle im Bundestag vertretenen Parteien, wie die vielen Berlin-Debatten jener Zeit bezeugen. Wie nach dem anfänglichen Zögern grundsätzlich über die Notwendigkeit der Berlin-Hilfe Übereinstimmung bestand, so wurde West-Berlin zugleich stets als eine Art exterritoriales Gebiet bezeichnet. Die immer wiederkehrende Formulierung, daß West-Berlin "morgen hoffentlich zwölftes Land wird" [268], "daß, solange der alliierte Einspruch gegen die Einbeziehung Berlins in die Bundesrepublik aufrecht-erhalten wird, die deutsche Regierung so handeln soll in der Praxis, als ob Berlin 12. Land wäre" [269], waren Ausdruck des Zusammengehörigkeitsgefühls der Westdeutschen mit den Westberlinern in dem Bewußtsein, tatsächlich nicht - im Sinne eines Staates - zusammenzugehören. Vor diesem Hintergrund wird auch das allgemeine Fehlen[270] einer Berlin-Klausel in den Bundesgesetzen während dieser Zeit verständlich. Exekutive wie Legislative betrachteten West-Berlin als nicht zum Bundesgebiet gehörig.

Ebenso wie die westdeutschen Politiker in den ersten beiden Jahren nach Verabschiedung des Grundgesetzes gaben sich auch die Westberliner Repräsentanten keinen Illusionen über den Status West-Berlins hin. Das beweisen die unzähligen Versuche

---

267) Abgedruckt bei Zieger, Politik und Kultur 1975 S. 21.
268) Abg. Ewers (DP) BT, 1. WP, 135. Sitzung S. 5265
269) Ollenhauer, Hamburger SPD-Parteitag 1950, "Protokoll der Verhandlungen" S. 92
270) Ausnahmen wie die des Bundesversorgungsgesetzes bestätigten nur die Regel; vergl. BGBl 1950 S. 806.

vor allem des Oberbürgermeisters und dann Regierenden Bürgermeisters Reuter, die Entscheidung der Militärgouverneure vom 12. Mai 1949 zu revidieren. Diese Versuche stützten sich nicht zuletzt auf Gerüchte, nach denen die Westalliierten zu einer Revision ihres Einspruchs gegen die Mitgliedschaft West-Berlins in Westdeutschland bereit seien.[271] Alle diesbezüglichen Schritte verliefen jedoch ohne Ergebnis. So wurde weder der Bitte aller in der Stadtverordnetenversammlung vertretenen Parteien vom 12. Oktober 1949 entsprochen, West-Berlin als Bundesland in Westdeutschland aufzunehmen[272], noch hatte der Versuch Erfolg, über die Westberliner Verfassung vom 1. September 1950 dieses Ziel zu erreichen.[273] Und auch die wiederholten Bemühungen Reuters, Adenauer in dieser Sache zu einer gemeinsamen Demarche bei den Westmächten zu bewegen[274], schlugen fehl. Angesichts dieser eindeutigen Sachlage stellte Reuter im Oktober 1950 hinsichtlich der Eingliederung West-Berlins in Westdeutschland fest: "Wenn wir dieses Ziel nicht auf einmal erreichen können, dann werden wir es mit der Hartnäckigkeit und Zähigkeit, die wir Berliner in unserem schweren Kampf gelernt haben, eben andersherum, stückweise, erreichen müssen."[275]

Was schließlich die öffentliche Meinung sowohl in Westdeutschland als auch in West-Berlin betrifft, so herrschte ebenfalls kein Zweifel über das Verhältnis dieser beiden deutschen Gebiete zueinander, wenngleich bemerkt werden muß, daß die Frage der staatsrechtlichen Zugehörigkeit West-Berlins zum Bund im öffentlichen Bewußtsein eine sehr viel geringere Rolle spielte als die tatsächlichen Bindungen zwischen diesen beiden Teilen Deutschlands. Immerhin wurde dem Chefredakteur des Bayerischen Rundfunks, Walter von Cube, einmütig widersprochen, als er forderte, "die Trennung von Berlin und von der Sowjetzone als faktisch schon vollzogen anzuerkennen und die Konsequenz daraus zu ziehen"[276], und diese Einstellung als gegen die nationalen

271) Brandt/Löwenthal aaO S. 553, Brandt/Lania "Mein Weg nach Berlin" S. 272
272) "Berlin - Ringen um Einheit und Wiederaufbau" S. 440
273) Vergl. oben S. 111.
274) Brandt/Löwenthal aaO S. 553. Zu weiteren Versuchen in dieser Richtung vergl. Bark "Die Berlin-Frage 1949 - 1955" S. 64 ff.
275) Brandt/Löwenthal aaO S. 555 f
276) SZ vom 12. September 1950

Interessen gerichtet kritisiert.[277] Gleichzeitig wurde jedoch allgemein zugrunde gelegt, daß West-Berlin aufgrund des Vorbehalts der Militärgouverneure kein Land Westdeutschlands sei.[278]

In den ersten beiden Jahren des Bestehens der westdeutschen Staatsorganisation herrschte somit auf allen Ebenen Übereinstimmung: Westalliierte, Westdeutsche und Westberliner, Juristen wie Politiker blieben zunächst bei dem 1949 eingenommenen Standpunkt, daß durch den Vorbehalt der Westmächte die Einbeziehung West-Berlins in Westdeutschland verhindert worden sei.

Diese Gemeinsamkeit in der Beurteilung des Verhältnisses von Westdeutschland und West-Berlin endete im Sommer 1951. Ursache hierfür waren die nicht nachlassenden Bemühungen der Westberliner Vertreter, insbesondere ihres Regierenden Bürgermeisters Reuter, trotz aller bis dahin fehlgeschlagenen Versuche West-Berlin nachträglich doch noch zu einem Bundesland Westdeutschlands zu machen. Wie das zu bewerkstelligen wäre, formulierte Reuter am 17. Februar 1951 in einem Brief an Bundeskanzler Adenauer, in dem er zur bislang nicht geglückten Einbeziehung West-Berlins in den Bund Stellung nahm: "Sollte dieses Ziel auch jetzt noch nicht erreicht werden können, weil die westlichen Alliierten auf ihrem meines Erachtens überholten Standpunkt beharren, so müßte wenigstens versucht werden, eine Auflockerung der Vorbehalte der Militärgouverneure zum Grundgesetz zu erreichen in der Richtung, daß für gewisse Gebiete der Gesetzgebung dem Bund gestattet wird, Gesetze mit Wirksamkeit für Berlin zu erlassen. Ich denke hierbei an die Währungs- und die Zollgesetzgebung, an die Gesetze über die Ratifizierung internationaler Abkommen, ferner an gewisse Gesetze mit wirtschaftlichen Auswirkungen auch auf Berlin und schließlich an Gesetze des Privatrechts."[279] Was formal von den Alliierten nicht zugestanden wurde, sollte also Schritt für Schritt auf

277) "Die Welt" vom 14. September 1950, FAZ vom 14. September 1950; vergl. dazu auch die Ausführungen des Bundesministers für gesamtdeutsche Fragen Kaiser BT, 1. WP, 85. Sitzung S. 3186 sowie die Stellungnahme des Magistrats von Berlin, "Berlin - Ringen um Einheit und Wiederaufbau" S. 767.

278) "Telegraf" vom 9. Oktober 1949, "Die Welt" vom 21. Oktober 1950, "Die Neue Zeitung" vom 19. März 1951

279) "Berlin - Quellen und Dokumente" S. 2131

dem Wege praktischer Politik angestrebt werden.

West-Berlin selbst hatte, um seine Zugehörigkeit zu Westdeutschland deutlich herauszukehren, bereits alles in die Wege geleitet, seine politische Entwicklung der Westdeutschlands anzupassen. Dazu gehörten die Übernahme westdeutschen Rechts im Wege der Parallelgesetzgebung, vor allem aber die Angleichung entgegenstehenden Westberliner Rechts an das westdeutsche Recht, z.B. auf dem Sektor der öffentlichen Dienstverhältnisse und der Sozialversicherung.[280] Ging diese Angleichung - wenn auch aufgrund der unterschiedlichen Interessen der drei im Abgeordnetenhaus vertretenen Parteien SPD, CDU und FDP nicht ohne Reibungen - noch relativ schnell vonstatten, so zeigte sich doch sehr bald, daß das Verfahren der Parallelgesetzgebung unzulänglich war. Das Westberliner Parlament war einfach überfordert, neben den notwendigen Landesgesetzen auch noch Gesetze zu erlassen, die mit den entsprechenden Bundesgesetzen inhaltlich übereinstimmten. Die Folge war, daß trotz des immer wieder von Westberliner Seite bekundeten Willens, zu Westdeutschland zu gehören, die Liste derjenigen Bundesgesetze, die nicht nach West-Berlin übernommen wurden, ständig größer wurde [281], damit aber auch die Gefahr der unterschiedlichen politischen Entwicklung in Westdeutschland und West-Berlin wuchs.

Die im Jahre 1951 wiederum erforderlichen Verhandlungen zwischen dem Bund und West-Berlin über die Gewährung einer Finanzhilfe waren für West-Berlin willkommener Anlaß, einerseits auf eine Änderung der Übernahmepraxis westdeutscher Gesetze hinzuwirken, andererseits auf die Einbeziehung West-Berlins in den Bund auf einem Teilgebiet, nämlich dem des Finanzsystems, zu drängen. Hatte sich West-Berlin 1950 noch mit einer Verwal-

280) Berlin hatte nach Kriegsende das Berufsbeamtentum abgeschafft sowie eine allgemeine Zwangsversicherung eingeführt. Nach Verabschiedung des Grundgesetzes bedurfte es hier wie auch auf anderen Gebieten einer Änderung, um eine parallele Entwicklung mit Westdeutschland zu gewährleisten. Vergl. Fijalkowski u.a. "Berlin- Hauptstadtanspruch und Westintegration" S. 291 ff.

281) Vergl. die Liste der im Anhang des Dritten Überleitungsgesetzes abgedruckten Gesetze, BGBl 1952 I S. 5 f.

tungsvereinbarung zur Regelung der Finanzhilfe des Bundes abgefunden, war man nunmehr willens, alle damit zusammenhängenden Fragen durch ein Bundesgesetz regeln zu lassen. Um sich gar nicht erst, wie bisher, auf Bitten und Drängen einzulassen, erarbeitete der Hauptausschuß des Abgeordnetenhauses den Entwurf eines entsprechenden Bundesgesetzes, billigte ihn am 20. Juni 1951 einstimmig und empfahl ihn dem Bundestag zur Annahme.[282] Wesentlicher Inhalt dieses Gesetzentwurfs war die völlige Gleichstellung West-Berlins mit den Bundesländern auf finanziellem Gebiet sowie die Verpflichtung West-Berlins, alle Bundesgesetze, die die Regelung des finanziellen Ausgleichs zwischen Bund und Ländern zum Inhalt hatten, unverändert in West-Berlin in Kraft zu setzen. Dieser Entwurf wurde - nicht zuletzt auf Drängen der Westberliner Bundestagsabgeordneten - kurze Zeit später von den Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP unverändert übernommen und als gemeinsamer Entwurf dieser drei Fraktionen im Bundestag eingebracht.[283]

Damit war die Bundesregierung in Zugzwang gebracht worden; denn entweder sie erklärte öffentlich und unmißverständlich, daß West-Berlin nicht zu Westdeutschland gehöre und daher die Berlin-Hilfe auch nicht in Form eines Bundesgesetzes mit Wirkung für West-Berlin geregelt werden könne, oder sie schwenkte auf den von Reuter hartnäckig verfolgten Kurs ein, die Beziehungen zwischen West-Berlin und Westdeutschland "stückweise" im Sinne der Einbeziehung zu verändern. Wie die Antragsteller den Entwurf verstanden wissen wollten, hatte der Vorsitzende des Berlin-Ausschusses, Bucerius, hinreichend klar gemacht: "über alle überholten rechtlichen Bedenken hinweg dem Art. 23 des Grundgesetzes endlich auch insoweit Geltung zu verschaffen, als Berlin in möglichst breitem Umfang in den Geltungsbereich des Grundgesetzes einbezogen wird."[284]

---

282) Vergl. die Begründung des Westberliner Senats zur Vorlage des Übernahmegesetzes, Abgeordnetenhaus von Berlin Drucksache I/1027 S. 1 f.
283) Drucksache I/2417
284) BT, 1. WP, 158. Sitzung S. 6295

Gegen die Einbeziehung West-Berlins in das Finanzsystem des Bundes hatte die Bundesregierung grundsätzlich nichts einzuwenden. Diese veränderte Haltung beruhte zum einen auf der wirtschaftlichen Stabilisierung Westdeutschlands, war zum anderen Ausdruck des Bonner Wunsches, auf die Verwendung der West-Berlin zufließenden Mittel in bestimmender Weise Einfluß zu nehmen. Wogegen sie sich jedoch wandte, war die völlige staatsrechtliche Gleichstellung West-Berlins mit den Bundesländern auf dem finanzwirtschaftlichen Sektor, wie der Gesetzentwurf des Berliner Abgeordnetenhauses bzw. der drei Bundestagsfraktionen sie vorsah. Die Kabinettsvorlage der Bundesregierung[285] unterschied aus diesem Grunde strikt zwischen den Verpflichtungen, die der Bund gegenüber West-Berlin einzugehen bereit war, und jenen, die West-Berlin gegenüber dem Bund eingehen sollte. Diese Westberliner Verpflichtungen, die ebenfalls in der Kabinettsvorlage enthalten waren, sollten für den Bund jedoch keine normative Kraft haben. Mit dieser Zweiteilung des Gesetzes wollte die Bundesregierung dem Umstand Rechnung tragen, "daß nach dem augenblicklichen Rechtszustand Berlin nicht in vollem Umfang wie ein Bundesland behandelt werden könne. Für die gesetzestechnische Form müsse also nach Auffassung der Bundesregierung ein Kompromiß gefunden werden, der einerseits den Eindruck vermeide, als ob Berlin für uns die Stellung eines ausländischen Staats habe, mit dem man nur Staatsverträge abschließen könne, andererseits aber auch berücksichtige - und da spielten rein verfassungsrechtliche Fragen und taktische Erwägungen eine Rolle -, daß man Berlin nicht mit Bayern oder Württemberg-Baden in Verbindung bringen könne, da es nun einmal eine Sonderstellung einnehme."[286]

Die vorsichtige Formulierung des Vertreters der Bundesregierung konnte nicht über ihre nach wie vor eingenommene Position hinwegtäuschen, daß West-Berlin aufgrund des Vorbehalts der Westmächte nicht zum Bundesgebiet gehöre. Allein, das Zusammen-

285) "Materialien des Deutschen Bundestages zum Gesetz über die Stellung des Landes Berlin im Finanzsystem des Bundes", I 245 A LfdNr. 15.
286) So der Regierungsvertreter Jung, Ausschuß für Rechtswesen und Verfassungsrecht, 1. WP, 139. Sitzung, Kurzprotokoll S. 6.

spiel von Westberliner Abgeordnetenhaus und Westberliner Bundestagsabgeordneten hatte zum Ergebnis, daß auf "taktische Erwägungen" keine Rücksicht genommen wurde. Bei den Beratungen des Gesetzentwurfs in den Ausschüssen setzte sich vielmehr die vom Westberliner Abgeordneten Suhr formulierte These durch, "daß das Schreiben der Militärgouverneure vom 12. Mai 1949 Berlin nicht vom Bund ausschließe, sondern lediglich sage, daß Berlin nicht von der Bundesrepublik regiert werden dürfe" [287]. Diese schließlich allgemein vertretene Auffassung führte nicht nur dazu, daß der von der Bundesregierung vorgeschlagene gesetzestechnische Kompromiß abgelehnt wurde, sondern bewirkte geradezu das Gegenteil. Nach § 13 des am 13. Dezember 1951 vom Bundestag einstimmig verabschiedeten Dritten Überleitungsgesetzes wurde West-Berlin nämlich verpflichtet, sämtliches Bundesrecht - also nicht nur das Finanzrecht -, "das für den Geltungsbereich des Grundgesetzes gleichzeitig oder nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes verkündet wird und dessen Geltung im Gebiet des Landes Berlin ausdrücklich bestimmt ist" [288], binnen eines Monats nach Verkündung im Bundesgesetzblatt zu übernehmen. Mit anderen Worten: Der westdeutsche Gesetzgeber ging sogar über den Wunsch West-Berlins hinaus und strebte die völlige Einbeziehung West-Berlins in das Bundesgebiet an.

Im Laufe des zweiten Halbjahres 1951 war somit auf westdeutscher Seite ein Meinungswandel eingetreten. Die Legislative betrachtete West-Berlin als ein Land Westdeutschlands; die Exekutive, die diese Auffassung mit Hinweis auf den fortbestehenden Vorbehalt der Westmächte nicht teilte, sah sich gleichwohl nicht in der Lage, diesem nationalpolitisch verständlichen Wunsch auf Einbeziehung des freien Teils Berlins in den freien Teil Deutschlands entgegenzutreten. Statt dessen zog sie es vor, bei der Abstimmung im Bundestag nicht anwesend zu sein[289] und abzuwarten, wie die Westalliierten reagieren würden.

---

287) aaO S. 11

288) BGBl 1952 I S. 1 ff. Insofern war die Überschrift des Gesetzes "Gesetz über die Stellung des Landes Berlin im Finanzsystem des Bundes" unvollständig.

289) Die dritte Beratung des Gesetzes fand vor nahezu leerem Plenum statt; vergl. die Bemerkungen des Abg. Bucerius (CDU/CSU) BT, 1. WP, 181. Sitzung S. 7564.

Diese hatten, wie sie während der Beratungen des Gesetzentwurfs zum Ausdruck gebracht hatten [290], gegen die Gesamtkonzeption grundsätzlich keine Bedenken. Sie begrüßten es vielmehr ausdrücklich, daß das Westberliner Recht an das Bundesrecht angeglichen und die Westberliner Behörden, soweit sie Bundesmittel verwalten sollten, den Kontrollbefugnissen des Bundes unterstellt werden sollten. Aus politischen Gründen - die 1949 so genannte internationale Spannung bestand fort - hielten die Westalliierten es dagegen nach wie vor nicht für opportun, West-Berlin den Status eines Bundeslandes zuzuerkennen. Dementsprechend setzte die Alliierte Hohe Kommission durch Anordnung vom 17. Januar 1952 sämtliche Formulierungen des Dritten Überleitungsgesetzes, die auf die Zugehörigkeit West-Berlins zum Bund schließen lassen konnten, außer Kraft.[291] Insbesondere wandte sie sich gegen die Terminologie, daß die Gesetze des Bundes nach Übernahme durch das Westberliner Parlament in West-Berlin "als Bundesrecht" in Kraft träten.

Angesichts der wiederum eindeutigen Haltung der Westalliierten hätte es auf westdeutscher Seite nahegelegen, auf den Boden der Realitäten zurückzukehren und sich mit dem von ihnen gewährten politischen Bewegungsspielraum zu begnügen, der zwar formal, d.h. de jure die Einbeziehung West-Berlins nicht zuließ, dagegen jedoch die praktische Gleichstellung mit den Bundesländern, d.h. die de-facto-Einbeziehung West-Berlins in Westdeutschland durchaus gestattete. Daß die Westalliierten gegen eine Praxis, West-Berlin zu behandeln, als ob es ein Bundesland sei, nichts einzuwenden hatten, hatte schließlich die Verabschiedung des Dritten Überleitungsgesetzes gezeigt, gegen deren materiellen Inhalt sie keinen Einspruch erhoben. Das kam ebenso in ihrer grundsätzlichen Zustimmung zur Einbeziehung West-Berlins in internationale Verträge und Verpflichtungen Westdeutschlands zum Ausdruck[292] wie auch darin, daß sie gegen die Erhöhung der Zahl der Westberliner Bundestagsabgeordneten von ursprünglich 8 auf 19[293] keine Einwände

290) "Materialien des Deutschen Bundestages zum Gesetz über die Stellung des Landes Berlin im Finanzsystem des Bundes", I 245 A LfdNr. 18.
291) BGBl 1952 I S. 115
292) "Dokumente zur Berlin-Frage" S. 174 ff
293) BGBl 1952 I S. 21

erhoben. Wenn gleichwohl auf westdeutscher Seite die Beratung und Verabschiedung des Dritten Überleitungsgesetzes einen Wendepunkt in der Beurteilung des Verhältnisses von Westdeutschland und West-Berlin darstellte, so lag das paradoxerweise in eben diesen Zugeständnissen der Westalliierten. "Die deutsche Treue und der deutsche Wille"[294] wollten die von den Westmächten strikt eingehaltene Trennung zwischen rechtlicher und faktischer Zugehörigkeit nicht zur Kenntnis nehmen. Die Folge waren ständige Reibereien zwischen westdeutschen Organen und Westalliierten, wobei der Bundesregierung die undankbare Rolle zufiel, beiden zugleich gerecht werden zu müssen und doch nicht gerecht werden zu können.

Es war einmal mehr ein Westberliner Bundestagsabgeordneter, der die Haltung der SPD-Bundestagsfraktion, die fortan gelten sollte, am 13. Februar 1952 umriß. Willy Brandt stellte nämlich im Zusammenhang mit der erwähnten Anordnung der Westalliierten fest, "nach der Rechtslage, wie sie bei der Verabschiedung des Grundgesetzes gegeben war, gehört Berlin nicht in gleichem Maße zur Bundesrepublik wie die elf westdeutschen Länder; aber es gehört zum Bund. Wir müssen uns mit aller Entschiedenheit gegen Auslegungen wehren, die einer Ausklammerung Berlins in der Folge gleichkommen könnten."[295] Die anderen Fraktionen äußerten sich zunächst nicht[296] bzw.

294) An pathetischen Worten zur Umschreibung des Verhältnisses von Westdeutschland und West-Berlin mangelte es zu keiner Zeit. Vergl. hier Bundesminister der Finanzen Schäffer, "Finanzpolitische Mitteilungen des Bundesministeriums der Finanzen" 1952 Nr. 21 S. 1.

295) BT, 1. WP, 192. Sitzung S. 8255

296) Fünf Wochen vorher hatte zwar auch der CDU-Abgeordnete Tillmanns erklärt, Berlin gehöre nach Art. 23 des Grundgesetzes zu dessen Geltungsbereich. Diese Erklärung erfolgte im Zusammenhang mit der Montan-Union und kann lediglich als Entlastungsangriff gegen den von der SPD erhobenen Vorwurf bewertet werden, daß die Erstreckung des Vertragswerkes auf West-Berlin nicht ausdrücklich bestimmt worden sei, nicht jedoch als allgemeingültige Auffassung der CDU/CSU-Fraktion hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Westdeutschland und West-Berlin. Der tatsächliche Grund für die Nichterwähnung West-Berlins in dem Vertragswerk lag nämlich nicht in seiner angeblichen Zugehörigkeit zu Westdeutschland im Sinne des Geltungsbereiches des Grundgesetzes, sondern darin, daß - wie Adenauer feststellte - "der Vertrag auf die europäischen Gebiete der Mitgliedstaaten sowie auf diejenigen Gebiete Anwendung (findet), deren auswärtige Angelegenheiten ein Unterzeichnerstaat übernimmt". Vergl. einerseits BT, 1. WP, 183. Sitzung S. 7766, andererseits 182. Sitzung S. 7598.

blieben in ihren Stellungnahmen bewußt unscharf [297], und für die Bundesregierung legte Finanzminister Schäffer das - für die Beziehungen zwischen Westdeutschland und West-Berlin nichtssagende - "Bekenntnis der untrennbaren Verbundenheit zwischen der Bundesrepublik und der Stadt Berlin"[298] ab.

Ein Jahr später, als die Bundesregierung den Entwurf eines Bundeswahlgesetzes vorlegte [299], erwies sich, daß die SPD keineswegs allein der Auffassung war, daß West-Berlin, wenn auch mit Einschränkungen, zu Westdeutschland gehöre. Wieder einmal stellte sich die Frage nach der Ausdehnung eines westdeutschen Gesetzes auf West-Berlin. Seit dem Dritten Überleitungsgesetz war es ständige Praxis, allen westdeutschen Gesetzen eine Berlin-Klausel beizufügen, die das Inkrafttreten der entsprechenden Gesetze in West-Berlin von der Übernahme durch das Westberliner Abgeordnetenhaus abhängig machte. Eine solche Berlin-Klausel in das Wahlgesetz aufzunehmen erschien der Bundesregierung aufgrund des Vorbehalts der Westmächte jedoch nicht ratsam; denn danach war es West-Berlin lediglich gestattet, seine Repräsentanten zu benennen. Das schloß sowohl eine Wahl dieser Repräsentanten durch die Westberliner Bevölkerung als auch ganz allgemein eine Beteiligung West-Berlins an der Bundestagswahl aus. Entsprechend hatte die Bundesregierung in ihrem Gesetzentwurf lediglich vorgeschlagen: "Das Land Berlin hat das Recht, gemäß Artikel 144 Abs. 2 des Grundgesetzes zweiundzwanzig Abgeordnete in den Bundestag zu entsenden."[300] Damit wurde jede Einflußnahme des Bundes auf West-Berlin vermieden, d.h. die Bundesregierung trug dem erst am 20. Dezember 1952 erneut bekundeten Willen

297) So z.B. Vizekanzler Blücher (FDP) mit seiner Feststellung, daß "die Freien Demokraten von ihrer Gründung ab Berlin als für sie zum Bundesgebiet gehörig betrachtet haben; das ist im übrigen selbstverständlich, und wir würden uns auch niemals davon abbringen lassen, die jetzt von den Sowjets besetzte Zone anders zu betrachten, als einen Teil unseres Landes und Staates." Diese Formulierung ließ offen, ob unter "Bundesgebiet" Westdeutschland - dafür spricht der erste Halbsatz - oder Gesamtdeutschland - dafür spricht der zweite Halbsatz - zu verstehen war. Vergl. fdk vom 14. Februar 1952.

298) BT, 1. WP, 192. Sitzung S. 8256

299) Drucksache I/4090

300) Die Erhöhung der Zahl der Westberliner Abgeordneten von 19 auf 22 resultierte aus der veränderten Bevölkerungszahl; auf je 100 000 Einwohner kam ein Abgeordneter.

der Westalliierten Rechnung, daß West-Berlin nicht zu Westdeutschland gehöre und auch nicht vom Bund regiert werden dürfe.[301]

Der westdeutsche Gesetzgeber weigerte sich jedoch zunächst, diese eindeutige machtpolitische Konstellation zu akzeptieren. Auf Antrag des Vertreters West-Berlins forderten vielmehr sowohl der Bundesrat[302] als auch der Bundestagsausschuß für innere Angelegenheiten, im Wahlgesetz die Einbeziehung West-Berlins vorzusehen: "Während die Einschränkungen für die Abgeordneten des Landes Berlin bisher nur auf Besatzungsrecht beruhen, führt § 54 des Entwurfs Beschränkungen aus deutschem Recht ein. Vom deutschen Gesetzgeber sollte jedoch alles getan werden, um die Gleichstellung der Bewohner des Landes Berlin hinsichtlich der Wahl zum Bundestag so sehr wie möglich zu fördern."[303] Mit dieser Begründung wurde auf politischer Ebene erstmals zwischen deutschem Recht und Besatzungsrecht unterschieden, wobei geflissentlich außer acht gelassen wurde, daß aufgrund der fortbestehenden occupatio bellica und des daraus resultierenden Rechts der Besatzungsmächte, im besetzten Land Recht zu setzen, das deutsche Recht eben nur mit Zustimmung der Besatzungsmächte wirksam werden konnte. Das deutsche Recht trat wiederum in der Form in Kraft, in der es die Alliierten, und zwar als deutsches Recht, in Kraft treten ließen. Tatsächlich existiert der Unterschied zwischen deutschem und Besatzungsrecht hinsichtlich der Berlin-Problematik mithin nicht, weil das Grundgesetz, d.h. der westdeutsche Verfassungsgeber über Art. 144 Abs. 2 selbst die Zugehörigkeit West-Berlins zu Westdeutschland suspendiert hat, wie die Alliierten in ihrem Vorbehalt deutlich gemacht hatten; denn sie hatten einen Teil des Art. 23 nicht etwa außer Kraft gesetzt, sondern Art. 144 Abs. 2 nur in einer bestimmten Weise interpretiert.

---

301) "Dokumente zur Berlin-Frage" S. 127
302) Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf der Bundesregierung, Drucksache I/4090 S. 33
303) 1. WP, 83. Sitzung Kurzprotokoll S. 7 f

Mit dieser unzulässigen Unterscheidung zwischen deutschem und Besatzungsrecht ging im übrigen ein neues Verständnis des Vorbehalts der Militärgouverneure vom 12. Mai 1949 einher, das zukünftig immer mehr Geltung in Westdeutschland beanspruchen sollte. Der SPD-Abgeordnete Menzel sprach im Zusammenhang mit dem Wahlgesetz nicht mehr von dem Vorbehalt, sondern von den drei Vorbehalten von 1949 in bezug auf West-Berlin: Erstens dürfe West-Berlin nicht vom Bund regiert werden, zweitens dürfe West-Berlin in den Bundestag nur eine kleine Anzahl von Abgeordneten entsenden, und drittens dürften diese Abgeordneten nicht stimmberechtigt sein.[304] Vergegenwärtigt man sich, daß die Geltung des Art. 23 hinsichtlich Groß-Berlin suspendiert worden ist, wird deutlich, welch ein Meinungswandel vonstatten gegangen war.

Vor dem Hintergrund der gegensätzlichen Auffassungen von Exekutive und Legislative gestalteten sich die Beratungen des Wahlgesetzes im Zusammenhang mit der Einbeziehung West-Berlins außerordentlich schwierig. Der Wahlrechtsausschuß des Bundestages beschloß am 28. April 1953 bei einigen Enthaltungen zunächst die volle Ausdehnung des Wahlgesetzes auf West-Berlin: "Das Land Berlin entsendet nach den Grundsätzen dieses Gesetzes gemäß Artikel 144 Abs. 2 des Grundgesetzes zweiundzwanzig Abgeordnete in den Bundestag."[305] Nach einer Intervention der Westalliierten[306] wurde dieser Beschluß revidiert und lediglich bestimmt: "Das Land Berlin entsendet zweiundzwanzig Vertreter in den Bundestag. Das Nähere regelt ein Gesetz des Landes Berlin."[307]

Trotz der eindeutigen Haltung der Westalliierten gewannen die Kräfte, die West-Berlin als Bundesland Westdeutschlands betrachteten, im Verlauf der Beratungen gleichwohl wieder die Oberhand, so daß am 10. Juni 1953 - wiederum bei einigen Enthaltungen - eine entsprechende Formulierung verabschiedet wurde: "Die wahlberechtigte Bevölkerung des Landes Berlin ent-

304) BT, 1. WP, 253. Sitzung S. 12190
305) 1. WP, 6. Sitzung Kurzprotokoll S. 3
306) Vergl. die Ausführungen des Abg. Brandt (SPD) BT, 1. WP, 272. Sitzung S. 13452.
307) Wahlrechtsausschuß, 1. WP, 9. Sitzung Kurzprotokoll S. 3

sendet zweiundzwanzig Vertreter in den Bundestag. Das Nähere regelt ein Gesetz des Landes Berlin."[308] Diese Fassung hätte bedeutet, daß der westdeutsche Gesetzgeber West-Berlin die direkte Wahl aller Bundestagsabgeordneten vorschreibt. Die Zentralgewalt eines Staates kann aber, wie ausgeführt, nur auf seinem Hoheitsgebiet wirksam werden. Da die Übernahme des Wahlgesetzes durch West-Berlin nicht vorgesehen - im übrigen auch nicht sinnvoll - war, das Bundeswahlgesetz daher auch nicht durch den Übernahmeakt des Westberliner Abgeordnetenhauses zu einem Westberliner Gesetz hätte gemacht werden können, lag dieser Formulierung also eindeutig die Vorstellung zugrunde, daß West-Berlin Teil der westdeutschen Staatsorganisation ist.

Der Vorschlag des Wahlrechtsausschusses wurde im Plenum des Deutschen Bundestags in der zweiten Lesung angenommen. Eine Minderheit votierte zwar gegen die Fassung mit dem Hinweis auf "hochpolitische Gründe" [309]; die Mehrheit stimmte jedoch für die vom Wahlrechtsausschuß unterbreitete Fassung unter Berufung auf die "nationalpolitische Chance" [310], die nicht verpaßt werden dürfe. Auf die "hochpolitischen Gründe " machte daraufhin unmißverständlich die Alliierte Hohe Kommission in einem Schreiben an Bundeskanzler Adenauer vom 24. Juni 1953 aufmerksam. Mit Bezug auf den Vorbehalt der Militärgouverneure vom 12. Mai 1949 stellte die Kommission kategorisch fest: "In view of the special status of Berlin ... it would be improper for the Federal Electoral Law to specify the method of designation of the representatives of Berlin to the Bundestag or to provide or imply that such representatives will have a voting right in the Federal legislativ bodies."[311]

---

308) aaO 13. Sitzung S. 57
309) Abg. Krone (CDU/CSU), BT, 1. WP, 272. Sitzung S. 13481
310) Abg. Brandt (SPD) aaO S. 13482
311) "Material des Ausschusses für gesamtdeutsche und Berliner Fragen zur Stellung der Berliner Abgeordneten im Deutschen Bundestag" vom 17. Januar 1957, S. 5.

In welchem Ausmaß sich jedoch das ursprüngliche Verständnis des Vorbehalts der Militärgouverneure bei einem großen Teil der Mitglieder der Legislative gewandelt hatte, zeigte der Umstand, daß eine Kampfabstimmung erforderlich war, um schließlich dem Begehren der Westalliierten und damit auch der Bundesregierung, die sich immer wieder auf den Vorbehalt bezogen hatte, doch noch zum Durchbruch zu verhelfen und West-Berlin nicht in das Wahlgesetz einzubeziehen. Die Regierungsparteien CDU, CSU und FDP stimmten im Sinne der Westalliierten und gaben damit zu erkennen, daß der Vorbehalt für sie nach wie vor suspendierende Wirkung habe; SPD, die Regierungspartei DP sowie eine Reihe fraktionsloser Abgeordneter waren dagegen der Auffassung, daß West-Berlin Teil Westdeutschlands sei, und votierten dementsprechend für die Einbeziehung West-Berlins in das Wahlgesetz.[312)]

Ungeachtet der im Zusammenhang mit dem Wahlgesetz zutage getretenen Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung des Vorbehalts, d.h. über die staatsrechtliche Zugehörigkeit West-Berlins zum Bund, wurde die faktische Einbeziehung West-Berlins mit Duldung der Westalliierten immer umfassender. Das wurde nicht nur an der Gleichstellung West-Berlins auf den Gebieten des Rechts, der Wirtschaft und Finanzen mit den westdeutschen Ländern offenkundig, sondern auch an den immer größere Ausmaße annehmenden politischen Demonstrationen des Bundes in West-Berlin. So nahmen nach anfänglichem Zögern der Bundesregierung seit dem Jahre 1952 nicht mehr nur Behördenaußenstellen, sondern ganze Bundesbehörden bzw. oberste Bundesgerichte ihre Arbeit in West-Berlin auf, etwa das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwesen, das Bundesverwaltungsgericht und der Bundesdisziplinarhof.[313)] Am 17. Juli 1954 trat die Bundesversammlung zur Wahl des Bundespräsidenten in West-Berlin zusammen, und schließlich kam der Bundestag, nachdem Bundestagsausschüsse bereits wiederholt dort getagt hatten [314)], im Oktober 1955 zum ersten Mal

---

312) Vergl. das Ergebnis der namentlichen Abstimmung BT, 1. WP, 276. Sitzung S. 13784 ff; die Kommunisten enthielten sich im übrigen der Stimme.
313) Hennig aaO S. 38 ff
314) Vergl. die Zusammenstellung bei Hennig aaO S. 363.

zu einer Sitzung in West-Berlin zusammen. Diese Bundespräsenz in West-Berlin hatte zum Ziel, "das, was politischer Wille und geistiges Bedürfnis fordern, im Symbolhaften darzutun "[315]. Oder um es deutlicher zu sagen: Mit der Errichtung von Bundesbehörden und der Tagung von westdeutschen Verfassungsorganen wurden vor den Augen der Westdeutschen wie der Weltöffentlichkeit von West-Berlin aus Staatsfunktionen für den Bund ausgeübt. Da jedoch Staatsfunktionen gemeinhin nur auf dem eigenen Hoheitsgebiet eines Staates ausgeübt werden, nicht jedoch von fremdem Territorium aus, konnte es niemand verwundern, daß angesichts der ständig zunehmenden Bundespräsenz in West-Berlin westdeutsche Politiker immer häufiger die faktische mit der staatsrechtlichen Zugehörigkeit verwechselten.

Das 1953 verabschiedete Wahlgesetz war lediglich eine Übergangslösung für die Wahl zum 2. Deutschen Bundestag. Das Thema der Zugehörigkeit West-Berlins zu Westdeutschland stand daher in den Jahren 1955/56 wieder auf der Tagesordnung, als erneut um die Verabschiedung eines Wahlgesetzes gerungen wurde. Wie die von den Fraktionen der SPD, FDP und CDU/CSU eingebrachten drei Gesetzentwürfe zeigten, hatte die auf westdeutscher Seite geförderte und von den Westalliierten hingenommene "Als-ob-Politik" weitere Früchte getragen. Daß die SPD von ihrem seit Anfang 1952 vertretenen Standpunkt abweichen würde, war nicht zu erwarten. Als Oppositionspartei brauchte sie sich nicht mit den Westalliierten auseinanderzusetzen, hatte dementsprechend auch keinen Druck von dieser Seite zu befürchten. Wie 1953 setzte sie sich daher auch dieses Mal für die Einbeziehung West-Berlins in Westdeutschland ein.[316] Zur Begründung verwies der Abgeordnete Mattick auf die Position West-Berlins im Bund, die sich seit 1949 wesentlich verändert habe; Bundestag und Bundesversammlung hätten durch ihre Tagungen in West-Berlin bestätigt, daß West-Berlin nunmehr ein Land des Bundes sei. Die Logik schien auf seiner Seite zu sein, als er fragte: "Kann denn ein Parlament außer-

315) Bundespräsident Heuss auf der 2. Bundesversammlung, Sten.Prot. S. 6.
316) Drucksache II/1272
317) Wahlrechtsausschuß, 2. WP, 3. Sitzung, Kurzprotokoll S. 15 f

halb des Geltungsbereichs seiner Gesetze tagen?"[317]

Aufsehenerregender war dagegen die Haltung der FDP, die damals noch an der Regierung beteiligt war und sich in Widerspruch zum Koalitionspartner CDU/CSU setzte. Anders nämlich als noch 1953 ging sie jetzt ebenfalls von der Einbeziehung West-Berlins in den Bund aus.[318] Und wie die SPD führte sie die scheinbar veränderte politische Lage für diesen Positionswechsel an: In allen innen-, finanz-, wirtschafts- und sozialpolitischen Fragen bestehe überhaupt kein Grund mehr für eine besondere Behandlung West-Berlins; die Tendenz der Deutschen dürfe nicht dazu führen, die besondere Stellung der Westberliner Abgeordneten zu verstärken, sondern sie müsse immer mehr abgeschwächt werden.[319]

Allein die CDU/CSU-Fraktion zollte der tatsächlichen politischen Lage, auf die die Westmächte anläßlich der Souveränitätserklärung Westdeutschlands im Mai 1955 nochmals ausdrücklich Bezug genommen hatten [320], Rechnung. Sie übernahm in ihrem Gesetzentwurf[321] die entsprechende Vorschrift aus dem Wahlgesetz des Jahres 1953, betrachtete West-Berlin demnach nicht als Teil Westdeutschlands. Einmal mehr hatte sich die realpolitische Einschätzung Adenauers durchgesetzt, der es während all seiner Kanzlerjahre sorgfältig vermieden hat, zum Verhältnis von West-Berlin und Westdeutschland irgendeine Äußerung zu machen, die dem Willen der Westmächte zuwidergelaufen wäre. Das Äußerste, wozu er sich bereit fand, waren die - im Hinblick auf dieses Verhältnis wenig inhaltsreichen - pathetischen Worte, daß sich Berlin in die Herzen aller Deutschen als die Hauptstadt Deutschlands fest eingeschrieben habe.[322]

Angesichts der Mehrheitsverhältnisse im 2. Deutschen Bundestag hätten CDU/CSU-Fraktion und Bundesregierung keine Möglich-

---

318) Drucksache II/1444
319) Abg. Euler (FDP), Wahlrechtsausschuß, 2. WP, 3. Sitzung, Kurzprotokoll S. 14
320) Schreiben der Westalliierten an den Bundeskanzler vom 23. Oktober 1954, BGBl 1955 II S. 243 f, sowie Art. 2 des Deutschlandvertrages, aaO S. 306.
321) Drucksache II/1494
322) Adenauer "Erinnerungen 1945 - 1953" S. 181

keit gehabt, die Einbeziehung West-Berlins in das Bundeswahlgesetz - damit aber auch die Feststellung des westdeutschen Gesetzgebers, daß West-Berlin zum Bundesgebiet gehört - zu verhindern. Wenn schließlich dennoch auf die fortbestehende besondere Lage West-Berlins Rücksicht genommen wurde, so lag der Grund in einem Schreiben des Botschafters der Vereinigten Staaten an den Bundeskanzler vom 10. März 1956. Unter Hinweis auf den Vorbehalt der Westmächte vom 12. Mai 1949 verwahrte sich Conant dagegen, West-Berlin als Bundesland zu behandeln: "Meines Erachtens haben sich hinsichtlich dieser Angelegenheit weder die Rechtslage noch die politische Lage geändert. Ich hoffe daher, daß die Haltung der Bundesregierung eine Ausdehnung des Bundeswahlgesetzes auf Berlin gegenüber ablehnend bleibt, sowohl was die Art der Benennung von Berliner Vertretern in den Bundestag als auch deren Nicht-Stimmberechtigung in den gesetzgebenden Körperschaften der Bundesrepublik betrifft."[323] Nach diesen klaren Worten beharrte allein noch die oppositionelle SPD auf der Einbeziehung West-Berlins in das Wahlgesetz, während sich die anderen Parteien ein weiteres Mal der Realität beugten und eine Sonderbestimmung für West-Berlin in das Wahlgesetz aufnahmen, die inhaltlich derjenigen des Wahlgesetzes von 1953 entsprach.[324]

Hatten sich letztlich wieder die Westalliierten durchgesetzt, so konnte doch nicht übersehen werden, daß die Forderung nach Einbeziehung West-Berlins in Westdeutschland immer stärkeren Widerhall fand; und zwar, wie sich nunmehr zeigen sollte, nicht nur auf parlamentarischer Ebene, sondern auch in der Öffentlichkeit. Die faktische Gleichstellung West-Berlins mit den westdeutschen Ländern hatte inzwischen ein solches Ausmaß angenommen, daß das Verständnis für den von den Westmächten nach wie vor aufrechterhaltenen Sonderstatus mehr und mehr abnahm. Dieser fortschreitende Meinungswandel wurde

323) "Material des Ausschusses für gesamtdeutsche und Berliner Fragen zur Stellung der Berliner Abgeordneten im Deutschen Bundestag" vom 17. Januar 1957, S. 8

324) BT, 2. WP, 134. Sitzung S. 6953 sowie § 54 des Wahlgesetzes, BGBl 1956 I S. 391

deutlich, als der Bundestag mit einer weiteren Arbeitswoche in West-Berlin Ende Oktober 1956 seine Verbundenheit mit diesem Teil der Stadt demonstrierte und daraufhin zum ersten Mal in der Presse die Forderung laut wurde, dem Bekenntnis zu Berlin als Hauptstadt Deutschlands endlich Taten folgen zu lassen, d.h. die Hauptstadtfunktion durch Verlegung von Ministerien nach West-Berlin sichtbar zu machen. Die sich nunmehr breitmachende Stimmung faßte Marion Dönhoff in die Sätze zusammen: "Der Hinweis auf den Sonderstatus von Berlin ist nicht triftig, befinden sich doch die sogenannten Ministerien von Pankow nicht in der Zone, sondern im Herzen von Berlin, Unter den Linden und in der Leipziger Straße. Natürlich kann der Entschluß nur in Übereinstimmung mit den Alliierten gefaßt werden, sie aber, die die Stadt Ernst Reuters in der schwersten Zeit aus eigener Initiative mit Hilfe der Luftbrücke am Leben erhielten, haben immer erklärt, Berlin werde eines Tages wieder die Hauptstadt Deutschlands sein. Warum nicht gleich? Die Gelegenheit ist günstig, worauf warten wir noch?"[325)]

Den zunächst noch vereinzelten Stimmen in der westdeutschen Öffentlichkeit folgte wenige Tage später der Vorschlag des Hamburger CDU-Abgeordneten und Bundesbeauftragten für die Förderung der Berliner Wirtschaft, Bucerius, "Berlin zur Hauptstadt Deutschlands und daher zur Hauptstadt der Bundesrebublik" zu erklären sowie unverzüglich mit dem Wiederaufbau eines deutschen Parlamentsgebäudes in Berlin zu beginnen.[326)] Nach dieser "Aktion Bucerius", die zunächst von der CDU/CSU-Fraktion gutgeheißen wurde [327)], blieb das Thema "Hauptstadt Berlin" mehrere Monate lang auf der Tagesordnung. Die Parteien nahmen die Initiative ebenso zustimmend zur Kenntnis wie auch die Öffentlichkeit.[328)] Höhepunkt dieser Berlin-Kampagne war ein am 22. November 1956 vom Kuratorium Unteilbares Deutschland veröffentlichter Aufruf, in dem nicht nur der Wiederauf-

---

325) "Die Zeit" vom 18. Oktober 1956. Vergl. auch die Ausgabe vom 11. Oktober 1956 - "Auf nach Berlin!" - sowie die in gleicher Richtung zielenden Äußerungen von Wilhelm Wolgang Schütz im "Tagesspiegel" vom 17. Oktober 1956.

326) Brandt/Uhlitz/Korber aaO S. 57 f

327) "Der Spiegel" vom 7. November 1956, "Die Zeit" vom 6. Dezember 1956

328) "Die Welt" vom 27. Oktober 1956,FAZ vom 27. Oktober 1956, SZ vom 30. Oktober 1956

bau eines deutschen Parlamentsgebäudes, sondern kategorisch die Verlegung der politischen Organe Westdeutschlands, vor allem der Bundesministerien, nach West-Berlin gefordert wurde.[329)]

Parteien wie Öffentlichkeit gingen von derselben These aus, nach der West-Berlin nicht nur faktisch, sondern auch staatsrechtlich zu Westdeutschland gehörte. Diesem Umstand sollte durch die Verlegung der höchsten politischen Organe nach West-Berlin endlich Rechnung getragen und damit der "Verbonnung" ein Ende gesetzt werden. Der Bundesregierung kam diese aus den Reihen der CDU/CSU initiierte Berlin-Bewegung höchst ungelegen. Wenn sie sich auch nicht öffentlich gegen die Hauptstadtforderung wandte, so tat sie doch alles, um einen erneuten Zusammenstoß mit den Westalliierten zu vermeiden. Dazu gehörte, daß auf ihren Druck hin der Vorschlag des Abgeordneten Bucerius über den vorparlamentarischen Raum nicht hinauskam, d.h. kein entsprechender Antrag im Bundestag eingebracht wurde. Des weiteren stellte die Bundesregierung in einer Entschließung vom 28. November 1956 fest - nachdem sie sich erneut zu Berlin als Hauptstadt des freien wiedervereinigten Deutschlands bekannt hatte -: "Im gegenwärtigen Zeitpunkt kann sie die Verlegung der Regierungstätigkeit nach Berlin nicht verantworten, da diese Stadt im Interesse ihrer eigenen Sicherheit unter dem Viermächtestatus steht. Die Bundesregierung kann ihre Tätigkeit nur in einer Stadt ausüben, in der ohne Einschränkung ihre Souveränität gewährleistet ist."[330)] Damit hatte die Bundesregierung ihre bekannte Position wiederholt: Sie legte die Nichtzugehörigkeit West-Berlins zum Bund zugrunde, ohne das mit der wünschenswerten sprachlichen Klarheit zum Ausdruck zu bringen.

Die Berlin-Initiative des Abgeordneten Bucerius hatte mit dieser Entschließung wohl einen Dämpfer erhalten; die Ent-

329) Brandt/Uhlitz/Korber aaO S. 60
330) Bulletin 1956 S. 2131

schließung war andererseits aber nicht in der Lage, die in Gang gebrachte Berlin-Diskussion zum Stillstand zu bringen. Vielmehr griffen nun die Oppositionsparteien SPD, FDP und GB/BHE den Vorschlag Bucerius' auf und brachten am 11. Dezember 1956 einen entsprechenden Antrag im Bundestag ein, der wiederum auf allgemeine Zustimmung stieß.[331] Unter dem Eindruck des Einmarsches sowjetischer Truppen in Ungarn und der daraus resultierenden Sorge, "die zwischen Berlin und der Bundesrepublik stehenden russischen Divisionen könnten einen höchst unangenehmen Druck auf die in Berlin befindliche Bundesregierung ausüben" [332], wurde die Forderung nach Verlegung der Bundesministerien zwar etwas gemildert und die Bundesregierung nur noch ersucht, die Voraussetzungen für diese Verlegung so schnell wie möglich zu schaffen. Ebenfalls wurde nicht mehr von Berlin als der "Hauptstadt der Bundesrepublik", sondern nur noch von Berlin als "Hauptstadt Deutschlands" gesprochen. Dennoch hatte sich an dem Grundtenor maßgeblicher westdeutscher Politiker und auch der westdeutschen Öffentlichkeit nichts geändert, wie sowohl die fortgesetzte öffentliche Diskussion als auch die Debatte über den Antrag der Oppositionsparteien bewiesen. Es wurde allgemein die Forderung erhoben, daß der Prozeß der Integration West-Berlins in das Gefüge Westdeutschlands in rechtlicher und in tatsächlicher Hinsicht weiter zu fördern sei; es sei festzustellen, daß West-Berlin in den innerdeutschen Beziehungen ein Land Westdeutschlands sei.[333]

Der Antrag der Oppositionsparteien wurde am 6. Februar 1957 in leicht modifizierter Form fast einstimmig verabschiedet.[334]

---

331) Drucksache II/2998. Bundestagspräsident Gerstenmaier (CDU) begrüßte den Antrag der Oppositionsparteien ausdrücklich als sichtbaren Ausdruck des Willens des deutschen Volkes zu seiner Wiedervereinigung. Vergl. Brandt/Uhlitz/Korber aaO S. 67 f, "Die Welt" und FAZ vom 12. Dezember 1956.

332) So Abg. Kiesinger (CDU/CSU); vergl. Brandt/Uhlitz/Korber aaO S. 62 f, aber auch den "Rheinischen Merkur" vom 14. Dezember 1956: "Sternmarsch auf Bonn?"

333) Vergl. den Aufruf des Verfassungsausschusses des Königsteiner Kreises vom 14./15. Dezember 1956; Brandt/Uhlitz/Korber aaO S. 68.

334) BT, 2. WP, 190. Sitzung S. 10836

Damit endete die Berlin-Debatte des Jahres 1956/57. Das große Ziel, nämlich die bindende Verpflichtung der westdeutschen Legislative und Exekutive, West-Berlin mit allen organisatorischen Konsequenzen zur Hauptstadt Westdeutschlands zu machen, war allerdings - wie Bucerius selbstkritisch einräumte[335] - nicht erreicht worden. Ja, im Grunde genommen hatte sich trotz des viermonatigen Ringens nichts bewegt: Die Westalliierten beharrten weiter auf ihrem Standpunkt, daß West-Berlin kein Bundesland sei [336], während eine Vielzahl westdeutscher Politiker von eben dieser Prämisse ausging. Die Bundesregierung schließlich versuchte, den Westalliierten gerecht zu werden und den nationalpolitisch agierenden Deutschen nicht weh zu tun, indem sie zwar den Standpunkt der Westalliierten teilte, diesen Standpunkt aber bewußt unscharf formulierte. Die Westberliner hingegen unterstützen alles, was nach einer Einbeziehung West-Berlins in Westdeutschland aussah bzw. diesem Ziel dienlich war.[337]

In einem wesentlichen Punkt unterschied sich die Berlin-Bewegung des Jahres 1956/57 allerdings von den vorherigen Bemühungen, West-Berlin mit den Bundesländern völlig gleichzustellen. Zum ersten Mal schaltete sich die westdeutsche Öffentlichkeit in die Diskussion um die staatsrechtliche Zugehörigkeit West-Berlins zu Westdeutschland ein und stellte sich einmütig auf die Seite derer, die von West-Berlin als einem Bundesland Westdeutschlands ausgingen. Diesem öffentlichen Druck war es schließlich auch zuzuschreiben, daß die Bundesregierung nicht nur das bereits früher abgegebene Bekenntnis zu Berlin als Hauptstadt Gesamtdeutschlands erneuerte, sondern daß sie darüber hinaus auch die Bewilligung der Mittel für den Bau eines Parlamentsgebäudes in West-Berlin in Aussicht stellte sowie - als Zeichen ihrer Bereitschaft, weitere Bundesbehörden in West-Berlin anzusiedeln - die Verlegung des Bundesgesundheitsamtes von Koblenz dorthin

335) aaO S. 10826

336) Sie hatten ihre Auffassung unmittelbar vor der Berlin-Debatte des Deutschen Bundestages am 6. Februar 1957 auf Anfrage des Auswärtigen Amtes erneut bekräftigt; vergl. "Der Spiegel" vom 13. Februar 1957.

337) Vergl. eine entsprechende einstimmig angenommene Entschließung des Abgeordnetenhauses, 2. WP, 50. Sitzung S. 686 sowie Drucksache II/929.

338) Erklärung des Bundesministers des Innern Schröder aaO S. 10813.

beschloß.[338] Beides war Ausdruck der Ohnmacht Adenauers, sich noch länger ohne Konzessionen gegen die monatelang verbreiteten Berlin-Parolen, die schließlich auch in seiner eigenen Partei Nährboden fanden, stemmen zu können.[339]

Hatte sich somit wiederum erwiesen, wie weit westdeutscher Wunsch und westalliierter Wille auseinanderklafften, so war die Front derjenigen, die West-Berlin als Bundesland reklamierten, doch gestärkt aus der Debatte hervorgegangen. Für weite Kreise Westdeutschlands waren zu Beginn des Jahres 1957 Wunsch und Realität in Sachen Berlin ein und dasselbe. Vergessen war die von 1949 bis 1951 von allen vertretene Position, nach der West-Berlin kein Bestandteil der westlichen Besatzungszonen und daher auch nicht Teil der neu errichteten westdeutschen Staatsorganisation war. Der sich seit 1949 zunächst zaghaft, dann immer rascher vollziehende Wandel der Beziehungen zwischen Westdeutschland und West-Berlin hatte den Blick für die Realität geschwächt. Zwar war das Band zwischen Westdeutschland und West-Berlin aufgrund dieses Wandels im Laufe der Jahre unbestreitbar immer enger geworden, aber die politische Gemeinsamkeit zwischen Westdeutschland und West-Berlin war etwas anderes als die staatsrechtliche Zusammengehörigkeit. Während diese ohne eine politische Gemeinsamkeit der einzelnen Staatsglieder ausgeschlossen ist, ist es umgekehrt nicht außergewöhnlich, daß politische Gemeinsamkeit ohne staatsrechtliche Zusammengehörigkeit gepflegt wird.

Diese Erkenntnis wurde in Westdeutschland im Jahre 1957 jedoch nur allzu bereitwillig außer acht gelassen. Nicht zuletzt deshalb wurde auf politischer Ebene mehr und mehr übersehen, daß die vier Siegermächte von ihren divergierenden Standpunkten hinsichtlich der Lösung der Deutschland- und damit auch der Berlin-Frage seit 1949 keinen Zoll abgewichen waren, daß sich die Beziehungen der Siegermächte untereinander

339) Ein namentlich nicht bekannter CDU-Bundestagsabgeordneter bemerkte zu der Zwangslage, in der sich die Bundesregierung befand: "Glauben Sie, der Bundeskanzler und die Bundesminister könnten es noch wagen, gegen die neuen Berlin-Parolen anzustürmen?"; "Der Spiegel" vom 7. November 1956.

im Gegensatz zu denen zwischen Westdeutschland und West-Berlin also nicht gewandelt hatten. Vom Wandel dieser Beziehungen aber war letztlich die Lösung des Berlin-Problems, die Frage nach der Zugehörigkeit West-Berlins zu Westdeutschland abhängig. Da die Westmächte aufgrund der fortbestehenden internationalen Spannungen eine Änderung ihrer Haltung in der Berlin-Frage ausgeschlossen hatten, konnte allein der Wandel der Beziehungen zwischen Westdeutschland und West-Berlin auch keinen Einfluß auf den Sonderstatus West-Berlins haben.

4. Anwalt statt Gericht

Die Auseinandersetzungen um die Zugehörigkeit West-Berlins zu Westdeutschland waren einmal mehr Bestätigung der engen Beziehung zwischen Politik und Recht. Angesichts der nicht zu leugnenden Tatsache, daß West-Berlin im Jahre 1957 faktisch wie ein Bundesland behandelt wurde, mutet der mehr abstrakte Streit, ob es auch staatsrechtlich Bestandteil Westdeutschlands ist, eigenartig an. Verständlich werden diese Auseinandersetzungen nur vor dem Hintergrund des Begründungszwanges jeder Politik: Diese hat nicht allein zweckmäßig, sondern auch gerecht zu sein. Gerecht ist sie aber am ehesten dann, wenn sie einer bestehenden Norm, die ja wiederum Ausdruck der Gerechtigkeit ist bzw. sein soll, Rechnung trägt. Wie so oft in der Politik wurde auf scheinbar geltende Rechtssätze rekurriert, um ein politisches Ziel, das keineswegs unumstritten war, für den politischen Gegner unangreifbar zu machen und damit als letzte Wahrheit hinzustellen. Wenn diese Art der Durchsetzung politischer Ziele in diesem Falle auch das Recht zum Diener der Politik machte, so bedeutete diese Verrechtlichung der Politik doch zugleich eine Beschränkung der zukünftigen Gestaltungsmöglichkeit; denn Recht ist sehr viel weniger anpassungsfähig als Politik. Eine Politik jedoch, die sich auf Rechtssätze beruft, muß zwangsläufig unflexibel sein, d.h. aber auch, daß sie im Streit

der Interessen nicht kompromißfähig ist.

Hatte der Streit um die staatsrechtliche Zugehörigkeit auf politischer Ebene auf die faktische Einbeziehung West-Berlins in den Bund schon keinen Einfluß, so scheint die Hartnäckigkeit, mit der diese Auseinandersetzungen geführt wurden, noch aus einem anderen Grunde wenig verständlich. Nach damaliger Auffassung aller politischen Kräfte war das Deutsche Reich nach dem Zusammenbruch nicht untergegangen, sondern existierte als Staat über das Jahr 1949 fort. Mit diesem fortbestehenden Staat in den Grenzen von 1937 sollte die Bundesrepublik Deutschland identisch sein. Wäre diese Auffassung nicht nur Lippenbekenntnis gewesen, sondern hätte sie in Übereinstimmung mit den Realitäten gestanden, hätte sich der Streit um die staatsrechtliche Zugehörigkeit West-Berlins zu Westdeutschland erübrigt; denn da Westdeutschland kein eigenständiger Staat, sondern der fortbestehende Staat bzw. Teil dieses fortbestehenden Staates sein sollte, hätte West-Berlin logischerweise ein Teil dieses fortbestehenden Staates sein müssen.[340] Der Streit um West-Berlin war somit nur Ausdruck dessen, was zwar stets geleugnet, aber stillschweigend zugrunde gelegt wurde, daß Westdeutland nämlich ein eigenständiges Staatswesen ist. Nur unter Zugrundelegung dieser Konstruktion hatten die Auseinandersetzungen um die staatsrechtliche Zugehörigkeit West-Berlins zu Westdeutschland einen Sinn.

Wäre man also davon ausgegangen, daß West-Berlin wie Westdeutschland lediglich ein neu organisierter Teil des gesamtdeutschen Staates in den Grenzen von 1937 ist, hätte sich die Frage nach der staatsrechtlichen Zusammengehörigkeit dieser beiden deutschen Gebiete gar nicht stellen dürfen, da sie bei Zugrundelegung dieser Prämisse gegeben ist. Vor dem Hintergrund der Identitätstheorie hätte nicht um die staats-

340) Auf diese Argumentation, die unter Zugrundelegung der Identitätstheorie die einzig vertretbare ist, heben z.B. Scheuer "Die Rechtslage des geteilten Deutschland" S. 104 und Zivier, Recht und Politik 1970 S. 13 ab.

rechtliche, sondern allein um die faktische Zugehörigkeit West-Berlins zum Bund gestritten werden dürfen, darum nämlich, ob in den Westzonen und in West-Berlin die gleiche politische Entwicklung - im Unterschied zu einer anders gearteten in anderen Teilen desselben fortbestehenden Staates - stattfinden soll bzw. kann.[341] Im Licht der Identitätstheorie ist das Problem Berlin, damit aber auch das Problem West-Berlin genauso gelagert wie das Ostdeutschlands: Beide deutschen Gebiete gehören danach staatsrechtlich zur Bundesrepublik Deutschland in den Grenzen von 1937, faktische Umstände verhindern dort jedoch die Geltung bzw. die uneingeschränkte Geltung des Grundgesetzes.[342]

Der Widerspruch zwischen Identitätstheorie einerseits und mühsam begründeter Zugehörigkeit West-Berlins zu Westdeutschland andererseits wurde allerdings nicht gesehen bzw. bewußt verschwiegen. Statt dessen wurde das Recht von den Politikern je nach Belieben für zwei sich widerstreitende Konstruktionen benutzt. Aber nicht nur hier folgte das Bundesverfassungsgericht den Politikern, wie der Vergleich zwischen Berlin-Rechtsprechung und Berlin-Politik zeigt. 1951, als die Meinungen über die Stellung West-Berlins zu Westdeutschland noch divergierten und nicht abzusehen war, ob der ursprünglich eingenommene Standpunkt, nach dem West-Berlin nicht Teil Westdeutschlands war, überhaupt noch geändert werden konnte, urteilte das Bundesverfassungsgericht sehr zurückhaltend, wenngleich die Tendenz seiner Meinungsbildung der Entscheidung zu entnehmen war. Dennoch vermied es das Gericht sorgsam, expressis verbis von West-Berlin als einem Land Westdeutschlands zu sprechen. Damit hatte es sich die Möglichkeit bewahrt, bei späterer Gelegenheit der sich schließlich durchsetzenden politischen Mehrheit ohne weiteres folgen zu können.

---

341) Zivier "Der Rechtsstatus des Landes Berlin" S. 135 kommt daher unter Hinweis auf die Identitätstheorie auch zu dem Ergebnis, der Streit um die staatsrechtliche Zusammengehörigkeit West-Berlins und Westdeutschlands sei akademischer Natur.

342) Vergl. Ermacora "Berlin - Relikt der Einheit Deutschlands?" S. 490 ff.

1957, als auf politischer Ebene die Umorientierung in Richtung Einbeziehung West-Berlins in den westdeutschen Staatsverband immer stärkeren Ausdruck gefunden hatte, trug es diesem Umstand folgerichtig Rechnung und beanspruchte West-Berlin als Land Westdeutschlands. Wie im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Status Deutschlands vollzog es somit auch in der Berlin-Rechtsprechung jeweils das nach, was sich als Mehrheitsmeinung auf der politischen Ebene herauskristallisiert hatte. Wie die Politiker ließ es dabei allerdings außer acht, daß die Identitätstheorie eine besondere Begründung der staatsrechtlichen Zugehörigkeit West-Berlins zu Westdeutschland gar nicht zuläßt.

Die Berlin-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entsprach also, wie seine Aussagen zum Status Deutschlands, dem politischen Meinungsbildungsprozeß. Im Gegensatz zur Rechtsprechung zum Status Deutschlands war die Berlin-Rechtsprechung dabei konsistent. Der Nachvollzug des Bundesverfassungsgerichts, die zeitlich verschobene Parallelität der Rechtsprechung in Sachen Berlin zeigte darüber hinaus einen weiteren Unterschied: Während das Bundesverfassungsgericht der durch die Regierung verkörperten Deutschlandkonzeption folgte, stellte es sich nunmehr auf seiten derer, die nicht nur national fühlten, sondern auch dementsprechend handelten, dabei jedoch die machtpolitische Lage verdrängten. Die Regierung, allen voran Adenauer, hatte immer nur von Berlin als der zukünftigen Hauptstadt Deutschlands, nicht ein einziges Mal dagegen von West-Berlin als Bestandteil Westdeutschlands gesprochen.

Gleichwohl wäre es verfehlt, daraus den Schluß zu ziehen, das Bundesverfassungsgericht habe sich mit seiner Berlin-Rechtsprechung in Widerspruch zur Politik der Bundesregierung gestellt; denn das Parallelogramm der politischen Kräfte stellte sich 1957 nicht so eindeutig dar, daß zweifelsfrei hätte gesagt werden können, die Opposition sowie ein nicht unbedeutender Teil der CDU/CSU-Fraktion seien pro, die Bundesre-

gierung kontra West-Berlin als Bundesland. Der einzige politische Faktor, der offen gegen West-Berlin als Land Westdeutschlands auftrat und das auch immer wieder zum Ausdruck brachte, waren die Westmächte. Dem standen 1957 auf westdeutscher Seite die Berlin-Befürworter gegenüber, motiviert vor allem durch das ständige Bemühen der Westberliner Vertreter, die 1949 nicht erreichte Zielsetzung auf Umwegen doch noch zu verwirklichen. Zwischen diesen beiden Polen stand die Bundesregierung, die nicht nur kein eindeutiges Bekenntnis zu West-Berlin als Bestandteil Westdeutschlands ablegte, sondern auch eine gegenteilige Meinungsäußerung vermied. Mit dieser Haltung hat sie zwar alle Versuche, West-Berlin als Land in den westdeutschen Staatsverband einzubeziehen, erfolgreich abgewehrt. Andererseits geschah das aber stets mit Hinweis auf den entgegenstehenden Willen der Westmächte. Mit anderen Worten: Die Bundesregierung stellte sich als ausführendes Organ der Westalliierten dar, vermied es jedoch, in der Berlin-Frage eine eigenständige Position zu beziehen.

Vor dem Hintergrund dieser ambivalenten Haltung der Bundesregierung erscheint die Berlin-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht als ein Affront gegen die Bundesregierung, die im Gegensatz zum Gericht zurückhaltend taktierte, sondern als Untermauerung des westdeutschen Standpunktes, damit auch als Hilfe für die Bundesregierung. Zwar war es ihr aufgrund des für ganz Deutschland und Berlin fortbestehenden Besatzungsrechts nicht möglich, gegen den Willen der Westmächte zu handeln; aber bei anstehenden Auseinandersetzungen um die Einbeziehung West-Berlins in Westdeutschland konnte die Bundesregierung zukünftig auf die Feststellung eines westdeutschen Verfassungsorgans verweisen, das diese Einbeziehung nicht als politisches Ziel, sondern als bereits vollzogene Tatsache sanktioniert hatte. Die Position der Bundesregierung wurde also durch die Berlin-Rechtsprechung in dem Sinne gestärkt, daß der ablehnenden Haltung der Westmächte eine einheitliche, rechtlich scheinbar abgesicherte Westdeutschlands gegenüber gestellt werden konnte. Solange aber auch das Bundesverfassungsgericht "aus der Besatzungs-

zeit stammende und noch heute aufrechterhaltene Maßnahmen der drei Mächte"[343] anerkannte, war der Spielraum der Bundesregierung in keiner Weise eingeengt; denn eben diesen Maßnahmen hatte die Bundesregierung bisher - mit ausdrücklichem Hinweis auf sie - entsprochen. Der einzige Unterschied in der Haltung von Bundesverfassungsgericht und Bundesregierung bestand somit allein darin, daß diese es vermied, den westdeutschen Standpunkt deutlich zu artikulieren, weil sie es für opportun hielt, sich nicht in Widerspruch zu den Westalliierten zu setzen, während jenes zur Zurückhaltung keinen Anlaß sah, da sein Handlungsspielraum von den Westmächten unabhängig war, es daher auf diese keine Rücksichten zu nehmen brauchte.

Im Unterschied zu der mehr theoretischen Frage, ob West-Berlin Bestandteil Westdeutschlands ist, waren sich hinsichtlich der praktischen politischen Schritte alle politischen Kräfte Westdeutschlands einig. Mit Ausnahme der Weigerung der Bundesregierung, die Hauptstadtfunktion Berlins mit Blick auf den westdeutschen Teilstaat wieder aufleben zu lassen, betrieb auch sie, da die staatsrechtliche Zugehörigkeit gegen den Willen der Westmächte nicht durchsetzbar war, eine Politik der faktischen Zugehörigkeit. Mit anderen Worten: Was Westdeutschland auf staatsrechtlicher Ebene nicht vergönnt war, wurde auf der Ebene der praktischen Politik wettgemacht; die Weigerung der Westmächte, die Inanspruchnahme West-Berlins als Bundesland anzuerkennen, wurde durch die Politik des "als-ob" im Bewußtsein sowohl der westdeutschen Politiker wie auch der westdeutschen Öffentlichkeit mehr und mehr vergessen gemacht. Während den Politikern jedoch diese Möglichkeit der faktischen Einbeziehung West-Berlins, d.h. die der Politik immanente Gestaltungsmöglichkeit unter Anwendung sich in der Praxis auswirkender Maßnahmen zur Verfügung stand, konnte das Bundesverfassungsgericht diesen Weg nicht beschreiten; denn anders als bei den Politikern beschränkt sich die Gestaltungsmöglichkeit der Richter auf die Anwendung

343) BVerfGE 7 S. 7

und Interpretation von Normen. Wollte das Bundesverfassungsgericht daher die Zielrichtung westdeutscher Politik, West-Berlin in Westdeutschland einzubeziehen, bejahen, blieb ihm nichts anderes übrig, als das mit dem ihm zur Verfügung stehenden Mitteln zu tun. Dieses Mittel war im Zusammenhang mit West-Berlin die Norm des Art. 23 des Grundgesetzes. Die von allen politischen Kräften gewollte Zugehörigkeit West-Berlins zu Westdeutschland konnte vor diesem Hintergrund nur durch die Ausdehnung dieser Verfassungsvorschrift auf West-Berlin erreicht werden. Der faktischen Einbeziehung West-Berlins in Westdeutschland auf politischer Ebene entsprach also auf der Ebene der Rechtsprechung denknotwendig die staatsrechtliche.

Die westdeutsche Politik der faktischen Einbeziehung gründete sich auf ein offenkundiges Interesse: Die Bindungen zwischen West-Berlin und Westdeutschland sollten so intensiv gestaltet werden, daß der politischen Praxis zwangsläufig die staatsrechtliche Sanktionierung folgen müßte. Dieses politische Interesse machte sich das Bundesverfassungsgericht zu eigen, d.h. es urteilte nicht als neutrale Instanz, sondern legte allein den "Willen des deutschen Verfassungsgebers", wie es selbst sagte [344], zugrunde, der ab 1951 auf westdeutscher Seite immer häufiger artikuliert wurde, nachdem er sich 1949, von allen akzeptiert, nicht hatte durchsetzen können. Wer sich jedoch in so eindeutiger Weise zum Verfechter eines Interesses macht, ist nicht Richter, sondern Anwalt. Bei der Berlin-Rechtsprechung handelte es sich daher nicht um Rechtsfindung unter Anwendung von Normen, sondern um die rechtliche Absicherung eines politischen Anspruchs. Die Auslegung des Art. 23 durch das Bundesverfassungsgericht stellt sich daher nicht nur als eine bloß juristische Fehlinterpretation dar, sondern sie war das logische Ergebnis einer Rechtsprechung, die sich an politischen Maximen orientierte, die wiederum ihren Ausdruck im Wandel der Beziehungen zwischen West-Berlin und Westdeutschland gefunden hatten.

344) aaO S. 9

Bedenkt man, daß das Bundesverfassungsgericht als Richter in eigener Sache, nämlich als ein westdeutsches Verfassungsorgan über eine Westdeutschland betreffende Frage urteilte, so kann diese Tatsache nicht verwundern. Damals, als alles von Wiedervereinigung sprach, konnte von keinem Deutschen, von keinem westdeutschen Organ erwartet werden, auf etwas zu verzichten, was nach allgemeiner Auffassung zu Westdeutschland gehören sollte. Ebenso deutlich muß aber festgehalten werden, daß die Beurteilung einer politisch umstrittenen Sachlage, soweit sie vom Standpunkt des Beobachters abhängt, stets eine politische Beurteilung ist. Die Berlin-Rechtsprechung war aber ohne Zweifel vom Standpunkt des Bundesverfassungsgerichts abhängig. Wie bei seiner Rechtsprechung zum Status Deutschlands waren bei seiner Berlin-Rechtsprechung also außerrechtliche, d.h. politische Gesichtspunkte maßgebend. Rechtsfindung wurde durch Parteinahme ersetzt.

Die Berlin-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vermochte an der Haltung der Westmächte nichts zu ändern. Diese blieben bei ihrer seit 1949 eingenommenen Position.[345)] Sie erachteten es nicht einmal für notwendig, gegen die Inanspruchnahme West-Berlins als ein Bundesland durch das Bundesverfassungsgericht einzuschreiten; denn ein solches Einschreiten hielten sie nur für erforderlich bei Gesetzen und Maßnahmen, die ein Regiertwerden West-Berlins durch Westdeutschland beinhaltet hätten. Äußerungen westdeutscher Politiker, die auf eine staatsrechtliche Einbeziehung West-Berlins abzielten, konnten ihren Standpunkt nicht berühren und wurden daher schweigend übergangen. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts war in den Augen der Westmächte eine solche Äußerung; es war eine rein binnenwestdeutsche Angelegenheit, das weder sie noch die Westberliner Organe binden konnte.

345) Vergl. z.B. die Noten der drei Westmächte zur Lage Berlins an die Regierung der Sowjetunion vom 31. Dezember 1958; "Dokumente zur Berlin-Frage" S. 339 ff.

Für die Verfassungsorgane und Behörden Westdeutschlands war die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1957 hingegen bindend. Diese Bindungswirkung mußte allerdings so lange ohne Einfluß auf die westdeutsche Politik bleiben, als einerseits in Westdeutschland ohnehin von der Zugehörigkeit West-Berlins zum Bund ausgegangen wurde, andererseits die Westmächte jede über die faktische Zugehörigkeit hinaus gehende Maßnahme verhinderten. Dieser zwiespältigen Lage entsprach in den folgenden Jahren die ungenaue und nicht einheitliche Diktion der westdeutschen Politiker. Selbst diejenigen, die in der Berlin-Debatte des Jahres 1956/57 noch lautstark von West-Berlin als Bundesland gesprochen hatten, machten sich die klaren Worte des Bundesverfassungsgerichts nicht zu eigen, sondern legten sich angesichts des von den Westmächten weiterhin proklamierten Sonderstatus der Stadt Berlin und in der Erkenntnis, daß weniger Worte als vielmehr Taten das Entscheidende sind, in ihrer Wortwahl Mäßigung auf.[346]

Trotz der verpflichtenden klaren Worte des Bundesverfassungsgerichts wurde nicht vom Bundesland West-Berlin gesprochen, sondern man begnügte sich mit vieldeutigen Floskeln wie "Berlin ist integraler Bestandteil des freien Deutschlands"[347], "West-Berlin gehört zum freien Teil Deutschlands"[348], "Berlin ist die offenkundige Hauptstadt Deutschlands"[349] oder stellte lediglich fest, "daß die jetzige Rechtslage, der jetzige Rechtsstatus Berlins nicht beeinträchtigt werden darf, ehe die ganze deutsche Frage wirklich gelöst werden kann"[350]. Diese Formulierungen waren in bezug auf das Verhältnis von West-Berlin und Westdeutschland wenig aussagekräftig, weil mit der Verwendung der Begriffe "Deutschland" und "freier Teil Deutschlands" die Frage nach der Staatlichkeit Westdeutschlands außer Betracht gelassen wurde, diese Begriffe somit auch keine Antwort auf die Frage nach der staatsrechtlichen Zugehörig-

346) Bereits in der Berlin-Debatte 1956/57 hatte die SPD nicht zuletzt durch die Formulierung ihres Antrages zu erkennen gegeben, nicht "alles oder nichts", sondern nur "soviel wie möglich" zu verlangen. Vergl. Herzfeld aaO S. 388 f.

347) Bundesminister des Auswärtigen von Brentano BT, 3. WP, 87. Sitzung S. 4683

348) Abg. Erler (SPD) BT, 3. WP, 99. Sitzung S. 5400

349) Abg. Carlo Schmid (SPD) BT, 3. WP, 41. Sitzung S. 2411

350) Bundeskanzler Adenauer BT, 3. WP, 99. Sitzung S. 5395

keit West-Berlins zu Westdeutschland geben konnten. Da andererseits in der politischen Praxis an der Einschmelzung West-Berlins in den Bund festgehalten wurde, wurde niemand einer verfassungswidrigen Politik geziehen, die sich hinter dieser ungenauen Diktion verbarg. Keiner der westdeutschen Politiker vermochte sich aufzuraffen, zwischen Wunsch und Wirklichkeit einen klaren Trennungsstrich zu ziehen.

Das zu tun blieb einem Teil der Rechtswissenschaft vorbehalten. Wie die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Status Deutschlands konnte auch die Berlin-Rechtsprechung angesichts der nicht zu leugnenden Kluft zwischen Wunsch und Wirklichkeit die kontroverse Auseinandersetzung um die Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit West-Berlins zum Bund nicht beenden. Mehrheitlich wurde der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zwar gefolgt[351], dennoch fehlte es nicht an kritischen Stimmen, die eindringlich auf den nicht aufzulösenden Widerspruch zwischen staatsrechtlichem Anspruch und völkerrechtlicher Wirklichkeit, zwischen westdeutschem Wunsch und alliierter Macht aufmerksam machten.[352] Die staatsrechtliche Inanspruchnahme West-Berlins durch Westdeutschland sei so lange unbeachtlich, als die drei Mächte die von ihnen ausgeübten oder innegehabten Rechte und Verantwortlichkeiten in bezug auf Berlin und auf Deutschland als Ganzes weiterhin beanspruchen würden; insoweit überlagere das fortbestehende Besatzungsrecht das deutsche Staatsrecht.[353] Man muß hinzufügen: Dieses Besatzungsrecht hat der Parlamentarische Rat im Jahre 1949 durch Aufnahme des Art. 144 Abs. 2 in das Grundgesetz anerkannt.[354] Alle Bemühungen, der Berlin-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch die Unterscheidung von Staatsrecht und Völkerrecht eine nachträgliche juristische Begründung zu geben[355], mußten daher untaugliche Versuche bleiben, weil sich Völkerrecht und Staatsrecht inso-

351) Böhm aaO S. 72 mit weiteren Nachweisen.
352) Nagel "Die rechtliche Lage West-Berlins" S. 106 f mit weiteren Nachweisen.
353) In diesem Sinn Rottmann "Der Viermächte-Status Berlins" S. 52, Schüle "Berlin als völkerrechtliches Problem" S. 133.
354) Nagel aaO S. 102 ff
355) So z.B Eschenburg "Das isolierte Berlin" S. 145.

weit nicht widersprechen konnten, sich das Völkerrecht vielmehr als stärker erwiesen und sich der westdeutsche Verfassungsgeber dieser Stärke, wenn auch widerstrebend, schließlich gebeugt hatte. Im übrigen war auch diese Unterscheidung lediglich die Übernahme einer politischen Argumentation, die während der Beratungen des Wahlgesetzes 1953 insonderheit von Reuter vertreten wurde, allerdings in dem Bewußtsein, daß die staatsrechtliche Stellung Berlins und damit West-Berlins letztlich "vom Zuge der großen internationalen Politik"[356] abhänge. Bezeichnenderweise hat es das Bundesverfassungsgericht dann auch unterlassen, auf diese Unterscheidung einzugehen.

Da die Berlin-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts letztlich nur "der vornehmste Ausdruck der politischen Aktion"[357] war, konnte niemand erwarten, daß die alle Verfassungsorgane des Bundes verpflichtende Feststellung, West-Berlin sei de jure ein Land Westdeutschlands, Auswirkungen auf die Politik des Bundes haben würde, solange die Bundesregierung an ihrem Ziel der faktischen Einbeziehung West-Berlins in den Bund festhielt. Zwischen der apodiktischen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts und der Politik der Bundesregierung bestand bei dieser Konstellation keine Kollisionsgefahr. Diese Konstellation trug vielmehr dem Gedanken Rechnung, daß das Recht, damit aber auch die Rechtsprechung, zu einem hohen Grad Ergebnis der Politik ist. Im Jahre 1957 hatte also die Politik die Rechtsprechung beeinflußt, nicht umgekehrt.

Andererseits kann nicht geleugnet werden, daß das Bundesverfassungsgericht mit seiner Entscheidung den Grundstein für eine Richtungsänderung der Einflußnahme gelegt hatte; denn wenn auch zunächst die Politik nicht von der Rechtsprechung dominiert wurde, so darf doch nicht übersehen werden, daß die

---

356) Wahlrechtsausschuß, 1. WP, 6. Sitzung, Kurzprotokoll S. 8

357) Herzfeld aaO S. 395, der im übrigen fälschlicherweise davon spricht, das Bundesverfassungsgericht habe festgestellt, daß "Berlin de facto ein Land der Bundesrepublik sei". Mit eben dieser Feststellung hat es sich nicht begnügt.

Bundeszugehörigkeit West-Berlins nunmehr qua Richterspruch zu den unveräußerlichen Essentialen der westdeutschen Politik gemacht worden war. Jede Aufgabe dieser Position durch Wort oder Tat, etwa durch Nichtberücksichtigung West-Berlins in internationalen Verträgen, mußte zu einem Konflikt zwischen der durch das Bundesverfassungsgericht geschaffenen Verfassungsrechtslage und dem politischen Handeln führen, mußte notwendigerweise mit dem Makel der Verfassungswidrigkeit behaftet sein.[358)]

V. Das Wiedervereinigungsgebot

Der Status Deutschlands und die staatsrechtliche Zugehörigkeit West-Berlins zu Westdeutschland waren in den ersten Nachkriegsjahren für die Mehrheit der westdeutschen Öffentlichkeit mehr oder weniger abstrakte Fragen, denen sie wenig Aufmerksamkeit schenkte. Die Teilung des deutschen Staates war in der Vorstellung vieler nur ein vorübergehender Zustand, der binnen weniger Jahre überwunden sein würde. Die Annahme, daß im Jahre 1949 eine politische Lage geschaffen worden war, die sich auf unabsehbare Dauer als nicht veränderbar erweisen sollte, erschien zu absurd, als daß man sich mit der Staatsqualität Westdeutschlands oder mit den staatsrechtlichen Beziehungen West-Berlins zu einem westdeutschen Staat, den es doch nach Auffassung aller gar nicht geben sollte, befaßt hätte. Diese Fehleinschätzung führte dazu, daß sowohl die westdeutsche Staatsqualität als auch die Qualität der Beziehungen West-Berlins zu diesem Teilstaat weitgehend ein Thema der Politiker und einiger Fachleute blieb.

Ganz anders dagegen die Wiedervereinigung des geteilten Deutschlands. Damit verbanden sich für jedermann konkrete Vorstellungen, nicht zuletzt aufgrund der persönlichen Bande zwischen den Bewohnern in Ost und West; sie war ein faßbares Problem. Die Auseinandersetzungen um die Wiedervereinigung fanden daher

358) Ebenso Finkelnburg aaO S. 587.

auch nicht unter Ausschluß der Öffentlichkeit statt, sondern wurden zu dem zentralen öffentlichen Thema der ersten Nachkriegsjahre. Es konnte daher wenig überraschen, daß auch das Bundesverfassungsgericht in die Wiedervereinigungsdebatte hineingezogen wurde. Diese Beteiligung des Gerichts am staatlichen Meinungsbildungsprozeß ließ allerdings - im Gegensatz zu den beiden anderen Fragenkomplexen - einige Zeit auf sich warten, nachdem es sich mit seiner Nichtentscheidung im Zusammenhang mit den EVG-Verträgen zunächst einer Stellungnahme entzogen hatte.

1. Rechtspflicht

Sowohl die Europäische Verteidigungsgemeinschaft als auch die Beteiligung Westdeutschlands am Nordatlantikpakt und der Westeuropäischen Union wurden von der SPD bekämpft, da sie befürchtete, daß mit der Integration Westdeutschlands in Westeuropa die Wiedervereinigung unmöglich gemacht werde. Ohne Zweifel wäre auch der Streit um den Beitritt Westdeutschlands zur NATO vor das Bundesverfassungsgericht getragen worden, wenn es nur im Vermögen der Opposition gestanden hätte. Da die SPD-Bundestagsfraktion jedoch nicht über das für eine Klageerhebung erforderliche eine Drittel der Mitglieder des Bundestages verfügte[359], auch keine Bundesgenossen - wie im 1. Deutschen Bundestag beim Normenkontrollverfahren gegen die EVG-Verträge - in anderen Parteien fand, blieb dieser Weg versperrt. Dennoch hing das Schicksal des NATO-Beitritts vom Votum aus Karlsruhe ab - wenn auch nur mittelbar -, weil dem Saarabkommen, einem der vier Pariser Verträge, neben der SPD-Fraktion auch einige Mitglieder der FDP und des BHE ihre Zustimmung verweigerten. Zusammen mit diesen Abgeordneten[360] war das Quorum von einem Drittel erreicht, was zur Folge hatte, daß wenige Tage nach Verkündung des entsprechenden Gesetzes

359) Die SPD-Fraktion zählte 151 + 11 Berliner Abgeordnete bei einer Gesamtzahl von 487 + 22 Berliner Abgeordneten.

360) Vergl. die namentliche Abstimmung über die Pariser Verträge, BT, 2. WP, 72. Sitzung S. 3945 f.

am 24. März 1955 ein Normenkontrollverfahren angestrengt wurde.[361] Da Frankreich jedoch zwischen Beendigung des Besatzungsregimes, dem Beitritt Westdeutschlands zur NATO und zur Westeuropäischen Union sowie der Verwirklichung des Saarstatus ein Junktim hergestellt hatte, war das gesamte Pariser Vertragswerk, damit aber auch die Integration Westdeutschlands in Westeuropa in Frage gestellt. Wieder einmal wurde im Streit um eine politische Konzeption die parlamentarische mit der gerichtlichen Ebene vertauscht.

Das Saargebiet hatte sich im Dezember 1947 auf Betreiben der französischen Besatzungsmacht eine eigene Verfassung[362] gegeben, deren wesentlicher Inhalt der wirtschaftliche Anschluß des Saargebietes an die französische Republik, die Währungs- und Zollunion mit ihr sowie die politische Unabhängigkeit von Deutschland war. Trotz formeller Beendigung des Besatzungsregimes im Saargebiet nach Inkrafttreten dieser Verfassung änderte sich an der Besatzungspolitik Frankreichs zunächst nichts, wie die Beibehaltung der Institution eines Hohen Kommissars und dessen weitgehende Eingriffsmöglichkeiten deutlich zum Ausdruck brachten. Erst die Saarkonventionen der Jahre 1950 und 1953 stärkten die Autonomie des Saargebietes, konnten allerdings nicht über die fortdauernde politische Abhängigkeit von Frankreich hinwegtäuschen.[363] Diese faktische Machtausübung Frankreichs im Saargebiet wurde von Westdeutschland zu keiner Zeit anerkannt.[364] Die Konsequenz dieser divergierenden Standpunkte und Interessen war ein latenter Gefahrenherd nicht nur im Verhältnis von Frankreich und Westdeutschland, sondern darüber hinaus auch im Hinblick auf den angestrebten Zusammenschluß Westeuropas. Jede Einbindung Westdeutschlands in Westeuropa mußte daher zwangsläufig eine Lösung der Saarfrage beinhalten, die schließlich auf Druck der beiden übrigen Westmächte auch zustande kam.

---

361) Vergl. zu den Bemühungen der SPD, die in Frage kommenden Abgeordneten der FDP und des BHE für eine Klage zu gewinnen, den Bericht des "Spiegel" vom 6. April 1955.

362) Abgedruckt bei Robert H. Schmidt "Saarpolitik 1945 - 1957" Band 2 S. 671 ff.

363) Robert H. Schmidt aaO Band 1 S. 509 ff, Band 2 S. 239 ff und 490 ff

364) Vergl. z.B. die Saardebatten des 1. Deutschen Bundestages vom 30. Mai 1951 und 2. Juli 1953, BT, 1. WP, 144. Sitzung S. 5664 ff und 279. Sitzung S. 13930 ff.

Ziel dieser Vereinbarung zwischen Westdeutschland und Frankreich war es, "der Saar im Rahmen der Westeuropäischen Union ein europäisches Statut zu geben"[365]. Durch die Institutionalisierung eines europäischen Kommissars, der die Saarinteressen auf dem Gebiet der auswärtigen Angelegenheiten und der Verteidigung wahrnehmen sollte, sowie der Verpflichtung Frankreichs und Westdeutschlands, sich jeder Einmischung in das Saargebiet zu enthalten, sollte eine "autonome Gebietseinheit mit eingeschränkter innerer Autonomie, die nach außen hin nicht als handlungsfähiges Rechtssubjekt in Erscheinung treten kann"[366], geschaffen werden. Das Statut bedurfte der Zustimmung der Bevölkerung im Saargebiet und sollte bis zum Abschluß eines Friedensvertrages nicht mehr in Frage gestellt werden dürfen. Es handelte sich also um einen klassischen Kompromiß zweier diametral entgegengesetzter Auffassungen; denn während Frankreich von der Autonomie des Saargebietes nicht lassen wollte, betrachtete es Westdeutschland nach wie vor als ein Teil Deutschlands. Beide beharrten auf ihrer Position, einigten sich gleichwohl darauf, sich bis zu einem Friedensvertrag mit einem Übergangsstadium zufriedenzugeben, das für Frankreich insofern ein Nachgeben beinhaltete, als es sich bereit erklärte, auf seine bis dahin praktizierte Anschlußpolitik zu verzichten. Das Saargebiet sollte mithin nicht nur in Richtung Westdeutschland, sondern auch in Richtung Frankreich autonom werden.

SPD sowie Teile der FDP und des BHE waren der Ansicht, daß mit dem Abkommen auf unbestimmte Zeit darauf verzichtet werden sollte, im Saargebiet "freie Wahlen durchzusetzen und die Wiedervereinigung eines im Westen von Deutschland abgetrennten Gebiets sicherzustellen"; "es wäre besser gewesen, den alten Zustand noch etwas zu lassen, als die deutschen Chancen dadurch zu verschlechtern, daß man dieses Statut annimmt."[367] Was mit Blick auf den Osten immer wieder gefordert worden war,

365) Art. I des Saarabkommens; BGBl 1955 IIS. 296.
366) Bericht des Abg. Pfleiderer (FDP) zu dem Saarabkommen, BT, 2. WP, 69. Sitzung S. 3649.
367) Abg. Mommer (SPD) BT, 2. WP, 7O. Sitzung S. 3680 und 3683

nämlich freie Wahlen als erster Schritt zur Wiedervereinigung, sollte konsequenterweise auch in Richtung Westen gelten. Wesentlicher Grund der ablehnenden Haltung der SPD war also ein weiteres Mal der Vorwurf, die Politik der Bundesregierung sei der Wiedervereinigung des geteilten Deutschlands nicht förderlich.

Wie die politischen Bedenken der Opposition nur eine Wiederholung bereits bekannter Argumente waren, so galt das gleiche für ihre juristische Untermauerung: Das Grundgesetz setze Deutschland als einen Staat voraus, der das gesamte deutsche Volk in den Grenzen vom 31. Dezember 1937 umfasse und der auch gegenwärtig bestehe. Innerhalb dieses deutschen Staates habe das Grundgesetz nur eine Teilordnung eingerichtet und die Befugnis der Verfassungsorgane begrenzt. Diese dürften daher nicht außerhalb ihrer vom Grundgesetz verliehenen Kompetenzen oder über diese hinaus handeln. Sie seien insbesondere nicht ermächtigt, unter Vorgriff auf Befugnisse, die den aus freien Wahlen hervorgehenden gesamtdeutschen Verfassungsorganen zukämen, durch einen völkerrechtlichen Vertrag deutschen, außerhalb des Geltungsbereiches des Grundgesetzes lebenden Staatsangehörigen Pflichten aufzuerlegen und insoweit auch den künftigen deutschen Gesamtstaat bis zu einem Friedensvertrag zu binden. Das Saarabkommen beinhalte jedoch mindestens für die Dauer des Statuts das Ausscheiden des Saargebiets aus dem deutschen Staatsverband, eine Entscheidung, zu der die durch das Grundgesetz eingesetzten westdeutschen Organe nicht befugt seien. Neben dieser nicht zulässigen Verfügung über deutsches Gebiet rügten die Antragsteller u.a. die Verletzung des Art. 23, der allen Deutschen das Recht einräume, in ihrem Gebiet das Grundgesetz durch Beitritt in Kraft zu setzen. Dieses Recht zum Beitritt des Saargebietes zur Ordnung des Grundgesetzes werde durch das Abkommen ausgeschlossen. Darüber hinaus sei auch Art. 146 verletzt, da das Abkommen für eine unbestimmte Zeit verwehre, die Einheit Deutschlands zu wahren und zu vollenden.[368)]

368) BVerfGE 4 S. 164 f. Außerdem machte die Opposition formelle wie auch Grundrechtsverstöße geltend, die jedoch im Hinblick auf die Wiedervereinigungspolitik nicht von Bedeutung waren.

Damit war, ohne sie als solche zu bezeichnen, die Verpflichtung zur Wiedervereinigung angesprochen, zu der sich auch die Bundesregierung ausdrücklich bekannt hatte.[369] Dementsprechend wurde sie nicht müde zu bekräftigen, daß das Saarabkommen nichts an der westdeutschen Position ändere, nach der die Saar weiter zu Deutschland in den Grenzen vom 31. Dezember 1937 gehöre.[370] Die tatsächliche Lage an der Saar sei nicht Gegenstand des Abkommens, werde somit auch nicht rechtlich anerkannt. Vielmehr handele es sich um ein provisorisches Statut, das eine Kompromißlösung im Hinblick auf ein zwischen zwei Staaten strittiges Gebiet darstelle. Dieses provisorische Statut werde die bisherige Fremdherrschaft im Saargebiet beenden und bedeute insofern eine Verbesserung der bisherigen Situation. Weder sei Art. 23 verletzt, der lediglich das Geltungsgebiet des Grundgesetzes festlege und keine subjektiven Rechte deutscher Staatsangehöriger außerhalb des Geltungsbereiches des Grundgesetzes zum Beitritt enthalte, noch liege ein Verstoß gegen Art. 146 vor, da diese Vorschrift allein eine Bestimmung über den Tag beinhalte, an dem das Grundgesetz seine Gültigkeit verliere. Da der Saarbevölkerung im übrigen die Wahl gegeben werde zu entscheiden, ob sie das Statut annehme, könne keine Rede davon sein, daß ein westdeutsches Verfassungsorgan über deutsches Gebiet in unzulässiger Weise verfüge.[371]

Was die eine Seite als Verstoß gegen die Pflicht zur Wiedervereinigung wertete, interpretierte die andere Seite als eine Politik zur Erreichung dieses Zieles. Worum es tatsächlich ging, war also die Entscheidung über politische Wertungen: ob das Saarabkommen die Wiedervereinigung erschwere bzw. unmöglich mache oder ein Schritt auf dem Wege zur Wiederherstellung der deutschen Einheit sei. Die Karlsruher Richter hatten demgemäß zu entscheiden zwischen der Politik der behaupteten schrittweisen Wiedereingliederung des Saargebiets in eine deutsche Staatsorganisation im Sinne der Bundesregie-

369) Oben S. 53 f.
370) So etwa in der Begründung des Gesetzentwurfs zum Saarabkommen, Drucksache II/1062 S. 8.
371) BVerfGE 4 S. 166 f

rung und der Politik des Alles oder Nichts der Opposition.

Die Art und Weise, wie der zuständige Erste Senat an die Lösung der ihm zugeschobenen Fragen heranging, machte zweifelsfrei deutlich, daß er die Klage als das auffaßte, was sie in Wirklichkeit war: als die Fortsetzung der politisch-parlamentarischen Auseinandersetzung mit anderen Mitteln. Bevor er nämlich auf die juristisch verkleideten Einwände der Opposition einging, stellte er allgemeine Überlegungen über Möglichkeiten und Grenzen der Politik an. Das Bundesverfassungsgericht dürfe, so führte es aus[372], wenn es einen völkerrechtlichen Vertrag am Grundgesetz messe, die politische Ausgangslage, aus der der Vertrag erwachsen sei, die politischen Realitäten, die mit diesem Vertrag geändert werden sollten, nicht aus dem Blick verlieren. Das gelte vor allem dann, wenn diese politische Ausgangslage in einem Zustand bestehe, der in einem Teil Deutschlands von dem anderen Vertragspartner kraft seiner Besatzungshoheit und ohne Bindung an höherrangige Normen geschaffen worden sei. Bei Vorliegen einer derartigen machtpolitischen Lage könne nicht ohne weiteres gefordert werden, daß ein völkerrechtlicher Vertrag dem Grundgesetz voll entspreche, vielmehr müsse es genügen, wenn die im Vertrag vorgesehenen Maßnahmen mit dem Willen beschlossen worden seien, dem verfassungsmäßigen Zustand wenigstens so weit, wie politisch erreichbar sei, näher zu kommen. Wenn die Grundtendenz eines völkerrechtlichen Vertrages zur Verfassungsmäßigkeit gewahrt sei, hätten die politischen Organe im übrigen einen weiten Ermessensspielraum hinsichtlich der Maßnahme, die sie zur Erreichung dieses Ziels der vollen Verfassungsmäßigkeit für richtig hielten.

Diese Grundsätze könnten, so fuhr der Erste Senat fort, praktisch dazu führen, daß politische Verträge, die eine besatzungsrechtliche Ordnung schrittweise abbauten, für das Bundesverfassungsgericht in den Bereich der Nichtjustitiabilität rücken

372) aaO S. 168 ff

würden. Die verfassungsrechtlichen Grenzen des politischen Ermessens lägen erst dort, wo unverzichtbare Grundprinzipien des Grundgesetzes verletzt würden, d.h. die rechtliche Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines völkerrechtlichen Vertrages werde dadurch ausgeschlossen, daß der durch den Vertrag geschaffene Zustand "näher beim Grundgesetz" stehe als der vorher bestehende. Wollte man nur eine dem Grundgesetz voll entsprechende vertragliche Regelung als verfassungsmäßig gelten lassen, so hieße das einen Rigorismus vertreten, der das Bessere allein deshalb nicht zulasse, weil das Beste nicht erreichbar sei.

Diesen Grundsätzen entsprechend konzedierte das Bundesverfassungsgericht der Opposition zwar, daß Westdeutschlands Organe die Verpflichtung zur Wahrung der gesamtdeutschen Interessen hätten und aufgrund dieser Verpflichtung nicht befugt seien, über deutsches Territorium zu verfügen. Eine solche Verfügung liege hier jedoch nicht vor, weil der deutsche Anspruch auf das Saargebiet als ein Teil Deutschlands in den Grenzen von 1937 in keiner Weise tangiert, das Saargebiet nicht als Völkerrechtssubjekt anerkannt werde und die Geltung des Abkommens bis zum Abschluß eines Friedensvertrages befristet sei. Und auch die Verpflichtung zur Wahrung der gesamtdeutschen Interessen werde durch das Abkommen nicht verletzt, weil nicht evident sei, daß die Beitrittsmöglichkeit des Saargebiets zum Geltungsbereich des Grundgesetzes erschwert werde. Vielmehr trügen der Umstand, daß der überragende Einfluß Frankreichs dadurch neutralisiert werde, daß wichtigste, von ihm bisher ausgeübte Funktionen einem europäischen Kommissar übertragen würden, und die Gewährleistung der vollen Freiheit der politischen Meinungsäußerung dazu bei, daß der Status des Saargebiets näher an die Vorstellungen des Grundgesetzes herangeführt werde. Angesichts der erforderlichen Zustimmung der Bevölkerung des Saargebiets zu dem Abkommen könne daher nicht festgestellt werden, daß die Bundesregierung die Schranken des ihr zustehenden Ermessensspielraums überschritten habe.[373)]

373) aaO S. 171 ff

Nur die Anwendung der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten allgemeinen Grundsätze ermöglichte es ihm, das Saarabkommen für verfassungsmäßig zu erklären und damit indirekt die Entscheidung der Bundesregierung für die militärische Integration in Westeuropa zu sanktionieren; denn wenn es tatsächlich eine Verfassungspflicht zur Wiedervereinigung gibt - was bis dahin allerdings lediglich behauptet, nicht aber verifiziert worden war -, bedeutete das Statut nichts anderes, als daß diese Pflicht - wenn auch nicht für immer, aber doch - für unbestimmte Zeit außer Kraft gesetzt werden sollte. Das Bundesverfassungsgericht hätte sich also zumindest mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob es diese Verfassungspflicht gibt oder nicht. Was wunder, daß es angesichts der von keiner politischen Kraft bestrittenen Pflicht zur Wiedervereinigung darauf verzichtete und sich statt dessen damit begnügte, auf die zugleich viel- und nichtssagende Formel von der Pflicht zur Wahrung der gesamtdeutschen Interessen abzuheben. Was das Bundesverfassungsgericht hier offen praktizierte, war politischer Realismus im Sinne Morgenthaus und hatte mit Rechtsprechung im Sinne der Anwendung von Verfassungsnormen kaum etwas zu tun. Die Richter haben nicht gefragt - wie es ihre Aufgabe gewesen wäre -, ob das Saarabkommen im Einklang mit den Verfassungsvorschriften steht, sondern sie haben ihre Entscheidung allein daran ausgerichtet, ob die Politik der Bundesregierung den Interessen Westdeutschlands entspricht. Das aber konnte nicht geleugnet werden; denn wenn auch das Saarabkommen keine Einflußmöglichkeit Westdeutschlands auf das Saargebiet gewährleistete, so sollte es doch die Quasi-Besatzungsherrschaft Frankreichs beenden.

Während das Saarabkommen aufgrund der Ablehnung durch die Bevölkerung am 23. Oktober 1955[374)] zur Makulatur wurde, kann das vom Urteil des Bundesverfassungsgerichts in dreifacher Hinsicht nicht gesagt werden. Erstens erfüllte die positive Entscheidung des Gerichts vom 4. Mai 1955 eine wichtige Funk-

374) Robert H. Schmidt aaO Band 3 S. 164 ff

tion. Sie ermöglichte die Besiegelung der militärischen Integration Westdeutschlands in Westeuropa. Wie sehr in diesem Fall internationale Politik von den Richtern in Karlsruhe abhängig war, erhellt schon daraus, daß die Ratifikationsurkunden zu den Pariser Verträgen erst am Tag nach der Entscheidung ausgetauscht und die Verträge damit in Kraft gesetzt wurden. Die Politiker akzeptierten mit ihrem Stillhalten also die politische Mitgestaltungsmöglichkeit des Bundesverfassungsgerichts in entscheidenden Fragen des geteilten Deutschlands; eine nur scheinbare Selbstverständlichkeit, wie sich fast zwei Jahrzehnte später im Zusammenhang mit dem Grundlagenvertrag herausstellen sollte.

Zweitens setzte das Bundesverfassungsgericht mit dem Saarurteil einen Rahmen für die richterliche Beurteilung politischer Streitigkeiten, den es in der Zukunft selbst würde beachten müssen, wollte es sich nicht dem Vorwurf politischer Opportunität aussetzen. Mit dieser Entscheidung hat es nämlich in mustergültiger Weise vorgeführt, daß politische Streitfragen ohne Verschiebung der Kompetenzen entschieden werden können. Indem es den Verfassungsorganen Bundesregierung und Bundestag einen weiten Ermessensspielraum zubilligte, vermied es das Gericht, sich zu den Erfolgsaussichten politischer Zielvorstellungen zu äußern. Ob aber eine Maßnahme den Beitritt des Saargebietes zum Geltungsbereich des Grundgesetzes erschweren würde oder nicht, erforderte, wie das Gericht selbst feststellte[375], zweifellos eine Prognose über eine zukünftige politische Entwicklung, die sich juristischer Beurteilung entzieht. Hier, wo es sich eindeutig um eine politische Entscheidung handelte, legte sich das Bundesverfassungsgericht also äußerste Zurückhaltung auf. Damit hatte es den Grundstein für das später so bezeichnete judicial self-restraint gelegt. Wann immer die Zweckmäßigkeit von politischen Entscheidungen zur Debatte steht, hat sich das Bundesverfassungsgericht demnach einer Stellungnahme zu enthalten. Im übrigen

375) BVerfGE 4 S. 175

hat es sich bei politischen Verträgen einer "loyalen Interpretation"[376] zu befleißigen, d.h. unter mehreren Auslegungsmöglichkeiten diejenige zu wählen, die mit dem Grundgesetz übereinstimmt.

Schließlich enthielt das Urteil einen ersten, wenn auch noch recht vage formulierten Hinweis auf das Wiedervereinigungsgebot: einerseits die Verpflichtung westdeutscher Verfassungsorgane zur Wahrung der gesamtdeutschen Interessen, andererseits das Postulat, daß politisches Handeln nicht evident gegen ein Verfassungsgebot verstoßen dürfe. Eine rechtliche Begründung für diese Verpflichtung wurde nicht geliefert, ebenso blieb offen, warum nur evidente Verfassungsverstöße mit dem Etikett verfassungswidrig zu belegen seien, weniger evidente dagegen offenbar nicht. Gleichwohl war damit die Leitlinie für alle weiteren Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zur Wiedervereinigung gesetzt worden.[377]

Was die Kompetenz zur Regelung des politischen Zusammenlebens der Staaten untereinander anbetrifft, so ist dem Urteil Laufers ohne Einschränkung zuzustimmen, daß es sich hier um eine kluge und kaum zu mißbilligende Entscheidung handele.[378] Ehrlicher wäre es allerdings gewesen, wenn das Bundesverfassungsgericht das judicial self-restraint ohne jedes juristische Beiwerk praktiziert und festgestellt hätte, daß es sich bei dem Saarabkommen um einen politischen Vertrag handele, der nicht justitiabel sei. Dieser Weg, den die Bundesregierung dem Gericht im übrigen aus verständlichem Interesse nahegelegt hatte[379], hätte den Vorteil gehabt, daß das Gericht nicht auf Konstruktionen wie "näher am Grundgesetz", "kein evidenter Verfassungsverstoß" und "loyale Interpretation" hätte zurückgreifen müssen, die allesamt den Gebrauch von Werturteilen zur Voraussetzung haben, von denen die Rechtsprechung nach dem Selbstverständnis des Bundesverfassungsgegerichts aber gerade frei sein soll. Dieser ehrlicheren Methode,

376) Ebenda
377) Ebenso Laufer "Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß" S. 432, Menzel DÖV 1971 S. 364, Martin PuZ 1971, B 38 S. 25.

378) Ebenda
379) BVerfGE 4 S. 166

wie der amerikanische Supreme Court in politischen Fragen eine judicial nonintervention zu praktizieren[380], stand allerdings eben dieses Selbstverständnis entgegen, wonach das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Verfassung politische Verträge nicht nur auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüfen könne, sondern sogar überprüfen müsse, wenn es dazu aufgefordert werde.

Das zum Dogma erstarrte Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts machte also eine Entscheidung notwendig, die unter dem Gesichtspunkt der von Opposition und Bundesregierung behaupteten Verfassungspflicht zur Wahrung und Vollendung der Einheit Deutschlands fragwürdig erscheinen mußte. Politischer Realismus wurde hier als Rechtsprechung ausgegeben, obwohl der Rückgriff auf ihn erkennbar dazu diente, das Gericht vor einer weitreichenden Entscheidung zu bewahren und die Verantwortung bei denjenigen Organen zu belassen, die sich für eine politisch vertretbare, verfassungsrechtlich - sofern man eine Verfassungspflicht zur Wiedervereinigung zugrunde legt - jedoch zweifelhafte Lösung der Saarfrage entschieden hatten.

Bereits gut ein Jahr später lieferte das Bundesverfassungsgericht den Beweis, daß seine Selbstbescheidung weniger das Ergebnis richterlicher Einsicht in die Gewaltenteilung als vielmehr notwendiges Mittel war, um die von der parlamentarischen Mehrheit durchgesetzte Einbindung Westdeutschlands in Westeuropa nicht zu gefährden. Anlaß zu neuerlicher Beschäftigung mit der Wiedervereinigungsfrage bot der Antrag der Bundesregierung auf Verbot der KPD, deren Politik nach Auffassung der Bundesregierung darauf abzielte, die Staatsform der Diktatur des Proletariats zu errichten; dieses Herrschaftssystem sei als totalitäres System der Gewalt und Willkür unvereinbar mit den Grundwerten der freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Da die KPD die im Grundgesetz nieder-

380) Auf den Unterschied zwischen judicial self-restraint und judicial nonintervention, der in der westdeutschen Diskussion bisweilen unterzugehen droht, macht Mc Whinney zu Recht aufmerksam; HLR 1961/62 S. 10 ff.

gelegte demokratische Staatsform ausweislich ihrer eigenen Zielsetzungen beseitigen wolle und das auch durch ihre praktische Politik zu verwirklichen suche, sei sie gemäß Art. 21 Abs. 2 des Grundgesetzes verfassungswidrig.[381)]

Die KPD beschränkte sich nicht darauf, diesen Vorwurf der verfassungswidrigen Ziele und Aktivitäten zu entkräften, sondern erhob ihrerseits gegen die Bundesregierung den Vorwurf, grundgesetzwidrig zu handeln. Aus dem letzten Satz der Präambel und dem letzten Artikel des Grundgesetzes leitete die KPD den verpflichtenden Rechtsgrundsatz, das verfassungsrechtliche Gebot zur Wiedervereinigung ab. Gegen dieses Verfassungsgebot verstoße die Bundesregierung nicht nur allgemein durch ihre Westpolitik, sondern auch speziell mit ihrem Antrag, die KPD für verfassungswidrig erklären zu lassen; denn die KPD sei diejenige Partei, die am entschiedensten und konsequentesten eine Politik der Wiedervereinigung betreibe. Wer aber die Ausschaltung einer Partei herbeiführen wolle, deren politisches Hauptziel die friedliche Wiedervereinigung des Vaterlandes auf demokratischer Grundlage sei, verletze eben dieses Wiedervereinigungsgebot. Im übrigen wäre ein solches Verbot unvereinbar mit der Durchführung gesamtdeutscher, freier und demokratischer Wahlen - eine der Voraussetzungen für die Wiederherstellung der Einheit Deutschlands in Frieden und Freiheit -, da es unter der Herrschaft des Grundgesetzes nicht wieder beseitigt werden könnte. Das Verfahren gegen die KPD sei daher unzulässig und einzustellen.[382)]

Aus der Sicht der KPD war es durchaus verständlich, die Wiedervereinigungsfrage zum Kern des Verbotsverfahrens zu machen, um damit dem Verfahren insgesamt eine andere Richtung zu geben. Diese prozessuale Taktik erschien der einzig erfolgversprechende Weg, das drohende Verbot abzuwenden. Nur wenn ein Verbot der KPD nämlich gegen die von ihr geltend gemachte Verfassungspflicht zur Wiedervereinigung verstoßen hätte, hätte sich der Vorwurf der verfassungswidrigen Zielsetzungen und

381) "KPD-Prozeß" Band 1 S. 5 ff
382) aaO S. 25 ff und S. 75 f

Aktivitäten erübrigt. Diesen Vorwurf zu entkräften mußte ihr aber angesichts ihrer Aufforderung zum gewaltsamen Sturz des Adenauerregimes, der "nur im unversöhnlichen und revolutionären, außerparlamentarischen Kampf erfolgen"[383] könne, notwendigerweise schwerfallen. Der Rückgriff auf die verfassungsrechtlich gebotene Pflicht zur Wiedervereinigung fiel ihr andererseits um so leichter, als auch die Bundesregierung in der Vergangenheit wiederholt das Bestehen dieser Verpflichtung zugestanden hatte. Die Bundesregierung konnte daher gar nicht anders, als ihren bisher vertretenen Standpunkt im KPD-Prozeß zu bekräftigen: daß der letzte Satz der Präambel des Grundgesetzes eine bindende Rechtsnorm enthalte, d.h. alle westdeutschen Organe die Pflicht zur Herbeiführung der Wiedervereinigung hätten.[384] Daß die KPD die Wiedervereinigungspolitik der Bundesregierung und damit die Frage nach der Rechtsqualität dieser Verpflichtung jedoch zum Mittelpunkt des gesamten Verfahrens zu machen versuchte, empfand sie als "unerhörte Anmaßung"[385]. Während die Bundesregierung nämlich die Verfassungspflicht zur Wiedervereinigung grundsätzlich bejahte, war sie doch gleichzeitig immer auch der Auffassung, daß das Grundgesetz darüber, wann und wie die Wiedervereinigung zu vollenden sei, nichts habe bestimmen können und bestimmen wollen,da es sich insoweit um politische Entscheidungen handele, die ihrer ganzen Natur nach nicht justitiabel seien und im Ermessen der dafür zuständigen politischen Instanzen lägen.[386]

So geschickt der Rekurs der KPD auf die Wiedervereinigungsfrage war, der für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei zuständige Erste Senat ließ sich davon wenig beeindrucken. Nicht einmal drei Prozent seiner Ausführungen[387] widmete er der Bedeutung der Wiedervereinigung

383) aaO Band 2 S. 30
384) aaO Band 1 S. 366 und S. 402
385) aaO S. 345
386) Ebenda
387) Das Urteil umfaßt 280 Seiten, von denen 8 Seiten der Wiedervereinigungspolitik gewidmet sind; BVerfGE 5 S. 85 ff.

und der Zulässigkeit des Verbots der KPD unter diesem Gesichtspunkt. Damit gab er dieser Frage den Stellenwert, der ihr in diesem Verfahren zukam; denn einerseits ist die Wiedervereinigung kein Wert an sich, sondern sie ist untrennbar verbunden mit der Forderung nach Frieden und Freiheit. Ob aber gerade die KPD der Garant für die Freiheit war, unterlag berechtigten Zweifeln. Andererseits konnte ernsthaft nicht behauptet werden, daß ein Verbot der KPD die Wiedervereinigung unmöglich mache. Das hätte sowohl den politischen Einfluß dieser Partei überschätzt als auch den internationalen Bezug völlig außer acht gelassen. Wenn der KPD daher auch kein Erfolg beschieden war, das Bundesverfassungsgericht von der Auseinandersetzung mit den Zielen des Marxismus-Leninismus abzuhalten, so ist es ihrem vergeblichen Bemühen doch letztlich zu verdanken, daß der Wiedervereinigung eine Qualität mit Langzeitwirkung zugeschrieben wurde.

Aus Satz 3 der Präambel des Grundgesetzes folgerte der Erste Senat nämlich, daß die Wiederherstellung der staatlichen Einheit ein vordringliches nationales Ziel sei. Zwar komme dem Vorspruch des Grundgesetzes naturgemäß vor allem politische Bedeutung zu. Er sei politisches Bekenntnis, feierlicher Aufruf des Volkes zu einem umfassenden Programm der Politik, das als wesentlichsten Punkt die Vollendung der deutschen Einheit in freier Selbstbestimmung enthalte. Darüber hinaus habe der Vorspruch des Grundgesetzes aber auch rechtlichen Gehalt. Er beschränke sich nicht auf gewisse rechtlich erhebliche Feststellungen und Rechtsverwahrungen, die bei der Auslegung des Grundgesetzes beachtet werden müßten; vielmehr sei aus ihm für alle politischen Staatsorgane Westdeutschlands die Rechtspflicht abzuleiten, die Einheit Deutschlands mit allen Kräften anzustreben, ihre Maßnahmen auf dieses Ziel auszurichten und die Tauglichkeit für dieses Ziel jeweils als einen Maßstab ihrer politischen Handlungen gelten zu lassen. Dabei sei offensichtlich, daß auf dieses Gebot

nicht das Verlangen gestützt werden könne, die Organe Westdeutschlands müßten bestimmte Handlungen zum Zwecke der Wiedervereinigung Deutschlands vornehmen; denn den zu politischem Handeln berufenen Organen Westdeutschlands müsse es überlassen bleiben zu entscheiden, welche Wege sie zur Herbeiführung der Wiedervereinigung als politisch richtig und zweckmäßig ansähen. Nach der negativen Seite hin bedeute das Wiedervereinigungsgebot jedoch, daß die staatlichen Organe alle Maßnahmen zu unterlassen hätten, die die Wiedervereinigung rechtlich hindern oder faktisch unmöglich machen würden. Verfassungswidrig sei eine Maßnahme daher nur, wenn die Verletzung des Verfassungsgebots durch sie evident und die Maßnahme unter keinem Gesichtspunkt zu rechtfertigen wäre.[388)]

Mit Hinweis auf die internationale Dimension der Wiedervereinigungsfrage sowie der Feststellung, daß ein Verbot der KPD nur für den vom Grundgesetz zeitlich und sachlich beherrschten Raum wirke, ihre Teilnahme an gesamtdeutschen Wahlen als Vorbereitungsakt zur Schaffung einer gesamtdeutschen Verfassung aber nicht hindere, verneinte der Erste Senat im übrigen, daß der Antrag der Bundesregierung auf Verbot der KPD ein Verstoß gegen das Wiedervereinigungsgebot darstelle. Daran ändere auch nichts die Tatsache, daß sich die KPD nach einem Verbot im Stadium der Vorbereitung gesamtdeutscher Wahlen gegenüber anderen Parteien in einer ungünstigeren Position befinden könnte; denn diese Chancenungleichheit würde weniger aus dem Verbot der KPD als vielmehr aus der unterschiedlichen gesellschaftlichen Entwicklung in West- und Ostdeutschland herrühren und z.B. auch gegenüber den nichtkommunistischen Parteien in Ostdeutschland gelten.[389)]

Die Fortschreibung des Saar-Urteils ist offenkundig: einerseits die Konkretisierung der zu wahrenden gesamtdeutschen Interessen zur Wiedervereinigungspflicht; andererseits die Präzisierung des Zugeständnisses an die politischen Organe, nach

388) aaO S. 126 ff
389) aaO S. 130 ff

ihrem Ermessen Maßnahmen zur Erreichung der Wiedervereinigung zu ergreifen. Diese Fortschreibung läßt die gut ein Jahr zuvor geübte Selbstbescheidung des Ersten Senats aber auch in einem anderen Licht erscheinen; denn wäre von der Rechtspflicht zur Wiedervereinigung bereits im Saar-Urteil die Rede gewesen, wäre das Gericht kaum umhin gekommen, das Saarstatut für verfassungswidrig zu erklären. Bekanntlich verpflichtete sich Westdeutschland durch dieses Statut, sich jedes Einflusses auf das Saargebiet zu enthalten, wobei diese politische Inaktivität bis zum Abschluß eines Friedensvertrages dauern sollte. Man erklärte sich mit anderen Worten für einen nur sehr vage festgelegten Zeitraum bereit, gerade nicht alles in seinen Kräften Stehende zu tun, um die Einheit Deutschlands anzustreben.[390] Es ist eben ein Unterschied, ob politische Maßnahmen nur an der Forderung zur Wahrung gesamtdeutscher Interessen oder an der Rechtspflicht zur Wiedervereinigung gemessen werden.

Während das Saarstatut zweifellos auch den gesamtdeutschen Interessen gedient hätte, weil es die Fremdherrschaft in einem von Westdeutschland beanspruchten Territorium abbauen und das Selbstbestimmungsrecht der Saarbevölkerung stärken sollte, stand es im Widerspruch zu dem vom Bundesverfassungsgericht nunmehr formulierten Wiedervereinigungsgebot, weil es einen Verzicht auf Wiedervereinigungsmaßnahmen beinhaltete.[391] Da sowohl im Streit um die Saar als auch im KPD-Prozeß von den Prozeßbeteiligten auf die Wiedervereinigungspflicht abgehoben wurde, ist kein Grund ersichtlich, warum sich das Gericht das eine Mal sehr allgemein, das andere Mal in höchst konkreter Weise hierzu geäußert hat. Ganz offensichtlich entsprang die Selbstbescheidung des Jahres 1955 weniger richterlicher Einsicht als vielmehr einem taktischen Kalkül; sie war erforder-

390) Diese Tatsache veranlaßte Abg. Mommer (SPD) zu der zugleich ironischen und bitteren Feststellung: "Wenn wir in Zukunft, wenn dieses Statut Wirklichkeit werden sollte, vor den Osten treten und freie Wahlen und Wiedervereinigung fordern, dann müssen wir - und ich meine den gesamten Westen - vor den Osten treten und sagen: 'Tut, was wir euch sagen, und tut nicht, was wir im Westen tun!'" BT, 2. WP, 70. Sitzung S. 3683.

391) Zu einer ähnlichen Einschätzung des Saarabkommens und damit des Saar-Urteils gelangt auch Spanner "Verfassungsrecht und politische Wirklichkeit" S. 625 f.

lich, um nicht das Scheitern des gesamten Pariser Vertragswerkes zu riskieren.

Trotz übereinstimmender Auffassung von Bundesregierung und KPD in bezug auf die Verfassungspflicht aller westdeutschen Organe zur Wiedervereinigung wäre es Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts gewesen, diese Behauptung auf ihren rechtlichen Gehalt zu untersuchen und nicht nur unbesehen zu übernehmen. Das hätte um so näher gelegen, als das Verfassungsgebot zur Wiedervereinigung der Präambel entnommen, bis zum Abschluß des KPD-Prozesses in der Literatur hingegen durchweg davon ausgegangen wurde, daß die Präambel zwar Bestandteil der Verfassung sei, jedoch keine vollziehbaren Normen enthalte; sie zeige vielmehr in zusammenfassender, feierlicher Form Beweggründe, Ziele und Zwecke des Grundgesetzes auf und könne allenfalls zur Auslegung des Grundgesetzes herangezogen werden.[392] Diese Ansicht nahm das Bundesverfassungsgericht jedoch nicht zur Kenntnis, geschweige denn daß es sich mit ihr auseinandersetzte. Angesichts der sonst vom Gericht geübten Praxis, Meinung und Gegenmeinung zumindest zu erwähnen, ein merkwürdiges Verfahren.[393] Die Tatsache, daß das Bundesverfassungsgericht darüber hinaus lediglich behauptete, daß aus dem Vorspruch des Grundgesetzes für alle politischen Organe Westdeutschlands die Rechtspflicht zur Wiedervereinigung abzuleiten sei, dafür aber keine Begründung lieferte, verstärkt diesen Eindruck nur.

Eine Begründung zu geben war allerdings auch schwierig, spricht doch mehr gegen als für den Normcharakter der Präambel. Da ist zunächst der historische Vergleich mit den früheren deutschen Verfassungen. Sowohl die Präambel der Verfassung von 1871 als auch die Präambel der Verfassung von 1919 wurden allgemein nicht als Rechtsnorm angesehen, sondern als politische Programmsätze und Willensäußerungen, als knappes Aufzeigen

392) So etwa Hamann "Das Grundgesetz", 1. Aufl. S. 62, von Mangoldt "Das Bonner Grundgesetz", 1. Aufl. S. 30, Giese "Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland", 1. Aufl. S. 6, Model "Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland" S. 18, Zinn AöR Band 75 S. 295, Drath AöR Band 82 S. 34.

393) Zu einer ähnlichen Bewertung kommt Karl Weber "Das Wiedervereinigungsgebot" S. 43.

der Gründe, die die Verfassungsväter bewogen hatten, diese und keine andere Verfassung zu schaffen.[394] Beide Präambeln enthielten "nur Aussagen, keine rechtsverbindlichen Vorschriften"[395].

Nun sind die Verfassungen der Jahre 1871 und 1919 selbstverständlich nicht ohne weiteres mit dem Grundgesetz des Jahres 1949 vergleichbar. Jene waren für Dauer geschaffen, dieses sollte nur eine provisorische Verfassung sein; jene waren Ausdruck des Willens des gesamten deutschen Volkes, dieses lediglich eines Teils. Damit ist die Frage nach der Entstehungsgeschichte der Präambel des Grundgesetzes, nach dem Verständnis des Parlamentarischen Rates von ihr gestellt.

Die Notwendigkeit einer Präambel wurde von keinem Mitglied des Parlamentarischen Rates in Zweifel gezogen. Man orientierte sich insofern an der Tradition, nach der es Brauch war, einer Verfassung einige feierliche Sätze voranzustellen. Einigkeit bestand auch darin, daß es angesichts der ungelösten Deutschlandfrage nicht ausreichen würde, in der Präambel lediglich die historische Situation zum Zeitpunkt der Schaffung des Grundgesetzes zu skizzieren, die Schöpfer der Verfassung zu nennen und ihre Motivation und Ziele aufzuzeigen. Die ungewöhnliche Situation im Jahre 1948/49, die Teilung Deutschlands in mehrere Zonen, machte es nach Auffassung des Parlamentarischen Rates erforderlich, darüber hinaus in der Präambel ein Bekenntnis zum fortbestehenden deutschen Staat abzulegen sowie den Willen zu bekunden, die Einheit und Freiheit Deutschlands zu vollenden.[396] Bekenntnis wie Willensbekundung entsprangen dem ungebrochenen Nationalbewußtsein der Mitglieder des Parlamentarischen Rates und richteten sich gleichermaßen an die deutsche Bevölkerung wie auch an die Alliierten. Das Bekenntnis zum fortbestehenden Staat sollte den Siegermächten vor Augen führen, daß sich die deutsche Bevölkerung

394) Wittmayer "Die Weimarer Reichsverfassung" S. 39 f
395) Anschütz "Die Verfassung des Deutschen Reichs" S. 31
396) Vergl. die Aussprache des Parlamentarischen Rates über die Präambel, 6. Sitzung S. 69 ff.

mit der Teilung nicht zufrieden gebe, daß bei Verhandlungen über einen Friedensvertrag vom fortbestehenden deutschen Staat ausgegangen werden müßte.[397] Die Aufforderung dagegen, die Einheit und Freiheit Deutschlands zu vollenden, war vor allem auch eine Antwort auf den von den Kommunisten erhobenen Vorwurf, mit Verabschiedung des Grundgesetzes werde zur Spaltung Deutschlands beigetragen.[398]

Die Qualität der Präambel des Grundgesetzes ist also nach dem Verständnis des Parlamentarischen Rates eine andere als die ihrer Vorgängerinnen aus den Jahren 1871 und 1919. Sie ist nicht nur historische Darstellung einer bestimmten geschichtlichen Situation, nicht nur pathetischer Vorspruch, sondern enthält darüber hinaus "rechtlich erhebliche Feststellungen, Bewertungen, Rechtsverwahrungen und Ansprüche zugleich"[399]. Rechtsverwahrungen und Ansprüche sind allerdings etwas anderes als Rechtspflichten. Während man auf Rechtsverwahrungen und Ansprüche verzichten kann, ohne staatliche Sanktionen befürchten zu müssen, steht die Einhaltung von Rechtspflichten nicht zur Disposition des einzelnen. Daß sich der Parlamentarische Rat dieses Unterschiedes bewußt war, wird gerade an seiner Wortwahl im Zusammenhang mit Satz 3 der Präambel offenkundig. Da war die Rede von einem "Anspruch auf die Wiedervereinigung"[400], von einem "Bekenntnis zur deutschen Lage"[401], von einem "eindringlichen Appell"[402] sowie von einer "Art kategorischer Imperativ des echten vaterländischen Ethos"[403], gerichtet an das deutsche Volk. Der kategorische Imperativ ist jedoch keine Rechtspflicht, die per staatlichen Zwang Allgemeinverbindlichkeit erlangt, sondern eine moralisch-sittliche Forderung, die erfüllt werden sollte, deren Erfüllung aber allein von der autonomen Entscheidung des einzelnen abhängt. Dementsprechend ist in den Beratungen des Parlamentarischen Rates nicht ein einziges Mal von der Wiedervereinigung als einer Rechtspflicht die Rede gewesen.

---

397) Ausschuß für Grundsatzfragen, 7. Sitzung S. 7
398) aaO 10. Sitzung S. 24
399) Abg. Carlo Schmid, Parlamentarischer Rat, 9. Sitzung S. 171
400) Abg. Zinn, Ausschuß für Grundsatzfragen, 7. Sitzung S. 2
401) Abg. von Mangoldt, aaO 2. Sitzung S. 21
402) Abg. Heuss, aaO 9. Sitzung S. 47
403) Abg. Pfeiffer aaO 34. Sitzung S. 21

Daß der Parlamentarische Rat anderer Auffassung als das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der Rechtsqualität der Präambel war, wird vollends deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß das Gericht zwar teilweise Formulierungen des Parlamentarischen Rates übernahm, den vom Parlamentarischen Rat der Präambel zugedachten Sinn durch die Einfügung des Wortes "nicht" aber geradezu in sein Gegenteil verkehrte. Während nämlich der Parlamentarische Rat zugrunde legte: "Diese Präambel enthält also rechtlich erhebliche Feststellungen, Bewertungen, Rechtsverwahrungen und Ansprüche zugleich."[404], machte das Bundesverfassungsgericht daraus: "Darüber hinaus hat aber der Vorspruch auch rechtlichen Gehalt. Er beschränkt sich n i c h t auf gewisse rechtlich erhebliche Feststellungen und Rechtsverwahrungen, die bei der Auslegung des Grundgesetzes beachtet werden müssen."[405] Ging es dem Parlamentarischen Rat offenkundig um das sittlich und politisch gebotene Sollen, so setzte sich das Bundesverfassungsgericht bewußt darüber hinweg und wandelte die Forderung nach Wiedervereinigung zu einem Muß um.

Aber selbst wenn man weder komparatistisch noch historisch den Sinn einer Präambel zu deuten versucht, sondern sich das Postulat des Bundesverfassungsgerichts zu eigen macht und auf den Wortlaut einer Gesetzesbestimmung sowie auf den in ihr zum Ausdruck gekommenen objektivierten Willen abstellt[406], läßt sich die Aussage des Gerichts schwerlich halten. Die in der Präambel niedergelegten Grundsätze und Ziele sind allesamt sehr allgemein gefaßt und erfahren ihre konkrete Ausgestaltung erst in den verschiedenen Artikeln des Grundgesetzes. Die Grundsätze und Ziele eines vereinten Europas, einer Politik des Friedens, der Ausgestaltung eines republikanischen und föderativen Staatswesens sowie der Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands entsprechen den Art. 24 und 25, 26, 20 und 146. In diesen Bestimmungen sind die Rechtspflichten zu

404) Vergl. Anm. 399.
405) BVerfGE 5 S. 127
406) Vergl. oben S. 132 Anm. 236.

suchen.[407] Art. 146 jedoch, der mit Satz 3 der Präambel korrespondiert, sagt nur etwas über die Gültigkeitsdauer des Grundgesetzes aus und hat ansonsten keinen verpflichtenden Charakter. Er enthält "eine sehr schöne Deklaration" und hat "keinerlei konstitutive Wirkung"[408]. Deshalb auch hat das Bundesverfassungsgericht darauf verzichtet, das Wiedervereinigungsgebot auf diese sowohl von der KPD wie auch früher von der SPD ins Spiel gebrachte Norm zu stützen.

Spricht schon diese Systematik gegen die Annahme, daß die Präambel eine verpflichtende Norm ist, so wird das zusätzlich durch die Tatsache unterstrichen, daß die Festlegung der Grenzen des Territoriums Westdeutschlands, obwohl durch die Aufzählung der Länder in der Präambel klar umrissen, in Art. 23 wiederholt wird. Diese Wiederholung wäre schlicht überflüssig, wenn die Präambel normativen Charakter hätte. Sie ist es nicht, weil "der Rechtssatz erst in dem Artikel der Verfassung enthalten ist, während die Präambel eine bloße Einführung ist, die den Geist des Ganzen und die historischen Zusammenhänge wiedergibt"[409].

Ein weiteres Argument gegen den Normcharakter des Satzes 3 der Präambel ergibt sich aus der Forderung, daß Rechtspflichten an einen Adressaten gerichtet sein müssen.[410] Wie etwa ein bestimmter männlicher Personenkreis Westdeutschlands Adressat der Wehrpflicht oder alle westdeutschen Bürger mit Einkommen aus selbständiger oder unselbständiger Arbeit Adressat der Steuerpflicht sind, so müßte auch das Wiedervereinigungsgebot einen Adressaten haben, der bei Nichterfüllung der Pflicht durch staatliche Maßnahmen zu ihrer Erfüllung gezwungen werden könnte. Daran mangelt es jedoch ersichtlich; denn das

407) Ebenso Karl Weber aaO S. 36.
408) So Abg. Katz, Parlamentarischer Rat, Organisationsausschuß, 27. Sitzung S. 89.
409) So Abg. von Mangoldt, Ausschuß für Grundsatzfragen, 20. Sitzung S. 18.
410) Sogenannte Geltungsanordnung; vergl. Larenz "Methodenlehre der Rechtswissenschaft" S. 186.

in Satz 3 angesprochene "gesamte Deutsche Volk" ist ungeeignet, als Adressat einen Verfassungsbefehl zu verwirklichen[411], kann im Weigerungsfalle auch nicht zur Wiedervereinigungspflicht gezwungen werden. Das Bundesverfassungsgericht hatte diesen Mangel selbst erkannt und den Adressaten "gesamtes Deutsches Volk" durch "Staatsorgane" ersetzt; nur ist dieser Kunstgriff durch den Wortlaut des Satzes 3 der Präambel nicht gedeckt.

Das in der Präambel angesprochene gesamte deutsche Volk führt zu einer weiteren Überlegung, die gegen das Bundesverfassungsgericht spricht. Es ist allgemein anerkannt, daß das Volk und nicht irgendein Staatsorgan höchster Souverän ist. Das Grundgesetz hat diesem Gesichtspunkt Rechnung getragen und in Art. 20 festgelegt, daß alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht. Das Volk als höchster Souverän politischer Entscheidungen könnte jedoch eines Tages zu der Überzeugung gelangen, daß die Wiedervereinigung nicht wünschenswert erscheint. Damit stünde das Selbstbestimmungsrecht des Volkes auf Verzicht der Wiedervereinigung in Widerspruch zum Wiedervereinigungsgebot. Wollte nun der Souverän Volk seinen Willen, auf die Wiedervereinigung zu verzichten, über die Staatsorgane in die Wirklichkeit umsetzen, kämen Exekutive und Legislative in einen Konflikt zwischen Wiedervereinigungsgebot einerseits und Vertretung der Interessen des Volkes andererseits.[412] Dieses Dilemma wäre nur durch eine Änderung des Grundgesetzes zu umgehen, d.h. konkret durch eine Änderung der Präambel. Zwar sieht das Grundgesetz in Art. 79 Abs. 3 vor, daß bestimmte Essentialia der Verfassung nicht geändert werden dürfen; dazu gehören u.a. die Gliederung des Bundes in Länder und der Schutz der Menschenwürde, jedoch nicht Satz 3 der Präambel. Gleichwohl ist eine Änderung der Präambel ausgeschlossen, weil sie untrennbar mit dem Werden einer Verfassung verbunden ist. Sie ist historisch

411) Ebenso Schoepke "Die rechtliche Bedeutung der Präambel" S. 268.
412) Der Konflikt zwischen Volkssouveränität und Wiedervereinigungsgebot wird so gut wie völlig ignoriert. Eine Ausnahme bilden lediglich Quist Politische Studien 1971 S. 621 sowie Wengler NJW 1971 S. 457.

bedingt und daher nicht änderungsfähig. Aus diesem Grunde hat es zwar wiederholt Änderungen einzelner Bestimmungen von Verfassungen gegeben[413], nicht hingegen des Wortlauts von Präambeln. Volkssouveränität und Wiedervereinigungsgebot schließen also einander aus, was nur heißen kann: Das Selbstbestimmungsrecht des Souveräns Volk spricht gegen die Rechtspflicht zur Wiedervereinigung.

Schließlich muß darauf hingewiesen werden, daß das Bundesverfassungsgericht eine Verfassungspflicht konstruierte, die weder logisch nachzuvollziehen noch praktisch zu realisieren ist. Bekanntlich wurde im Jahre 1949 allgemein vom Fortbestand eines deutschen Staates wie auch vom Vorhandensein eines deutschen Volkes ausgegangen. Diese Überzeugung fand ihren Ausdruck in der Präambel, in der nicht von Wiedervereinigung die Rede ist, sondern von dem Willen des deutschen Volkes, "seine nationale und staatliche Einheit zu wahren", "in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands zu vollenden". Diese Formulierungen tragen dem Umstand Rechnung, daß nicht wiedervereinigt werden kann, was ein Ganzes ist, bzw. daß nur wiedervereinigt werden kann, was in mindestens zwei Teile getrennt worden ist und als Ganzes nicht mehr existiert. Auf den deutschen Staat und das deutsche Volk bezogen heißt das: Da sowohl Staat als auch Volk nach Auffassung der Grundgesetzschöpfer jeweils als Einheit existierten, konnte in dieser Hinsicht nichts wiedervereinigt werden. Satz 3 der Präambel hat daher weder die räumliche noch die personale[414] Wiedervereinigung zum Inhalt, sondern zielt ab auf die politische Einheit, auf die Schaffung einer gemeinsamen deutschen Legislative, Exekutive und Judikative sowie auf das Zusammenleben aller Deutschen unter dieser anzustrebenden gemeinsamen deutschen Staatsgewalt. Diese Staatsgewalt konnte nach damaliger Vorstellung aber nicht

---

413) Vergl. zu den Änderungen des Grundgesetzes die Übersicht bei Seifert "Grundgesetz und Restauration" S. 212 ff.

414) Unrichtig insofern Quist, der nur die räumliche Wiedervereinigung mit dem Wortlaut der Präambel für unvereinbar hält, nicht dagegen die personale Wiedervereinigung; vergl. "Ostpolitik, Völkerrecht und Grundgesetz" S. 118.

"wiedervereinigt", sondern nur wiederhergestellt, neu errichtet werden, da sie 1945 zu existieren aufgehört hatte, es also an den Teilen mangelte, die hätten wiedervereinigt werden können.[415]

Vor diesem Hintergrund wird verständlich, warum das deutsche Volk aufgefordert wurde, "die Einheit und Freiheit Deutschlands zu vollenden": Staat und Volk wurden als existente Einheiten zugrunde gelegt, es fehlte nur noch an einer gemeinsamen Staatsgewalt. Wenn aber richtig ist, daß einerseits räumliche und personale Wiedervereinigung ausscheiden, andererseits das Erreichen der politischen Einheit keine Wiedervereinigung ist, verstößt die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellte Wiedervereinigungspflicht nicht nur gegen den Wortlaut der Präambel, sondern auch gegen seine eigene Feststellung, daß Deutschland nach 1945 und 1949 als Staat fortbestanden habe zu existieren. Nach den Worten des Bundesverfassungsgerichts soll etwas wiedervereinigt werden, was unter Zugrundelegung des fortbestehenden gesamtdeutschen Staates unmöglich ist. Die Wiedervereinigungspflicht ist daher als eine Gemengelage aus Fiktion und Realität zu bezeichnen.

Aus alledem ergibt sich, daß weder die Präambel als Ganzes noch speziell deren Satz 3 eine Rechtsnorm sind. Sie enthält vielmehr "nur wenige markante, den Wesensgehalt einer Verfassung kennzeichnende Gedanken in einer jedermann einprägsamen Form"[416]. In einer hochpolitischen Frage, deren Lösung selbst nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts weniger von den nationalen Möglichkeiten als vielmehr vom internationalen Kräfteverhältnis abhing, postulierte es eine Rechtspflicht, die tatsächlich keine ist. Einmal mehr wendete es keine Verfassungsnorm an, sondern schuf sich eine, um dann so zu tun, als läge Rechtsprechung im Sinne von Rechtsfindung vor. Das ist um so bedauerlicher, als für das Gericht kein zwingender Anlaß bestand, eine Wiedervereinigungspflicht zu

---

415) In ähnlichem Sinn Lehmann-Brauns "Die staatsrechtliche Bedeutung der Präambel" S. 43 f.

416) So der Allgemeine Redaktionsausschuß des Parlamentarischen Rates, Drucksache 370 S. 1.

proklamieren. Hätte es sich nämlich die Zurückhaltung auferlegt, die es in dem Saar-Urteil geübt hat, wäre es zu dieser folgenschweren Umdeutung einer politischen Forderung in eine Rechtspflicht gar nicht gekommen.

Das Gericht hatte lediglich zu prüfen, ob ein Verbot der KPD eine Maßnahme sei, die die Wiedervereinigung unmöglich mache und deshalb verfassungswidrig sei. Zweierlei mußte also unter juristischem Gesichtspunkt gefragt werden: Macht ein Verbot der KPD die Wiedervereinigung unmöglich? Wenn ja, ist das auch verfassungswidrig, d.h. existiert überhaupt eine Verfassungsnorm, gegen die dieses Verbot verstößt? Allein von der Reihenfolge der Beantwortung dieser beiden Fragen hing es somit ab, ob das Gericht zur Rechtsnatur der Forderung nach Wiedervereinigung Stellung nahm; denn wenn, was es selbst unterstellte, das Verbot der KPD der Wiedervereinigung ohnehin nicht im Wege stand, mußte es gleichgültig sein, ob es sich bei der Präambel nur um ein politisches Bekenntnis oder auch um eine Rechtspflicht handelt, weil eine Maßnahme, die die Wiedervereinigung nicht verhindert, schlechterdings nicht gegen eine möglicherweise existierende Rechtspflicht zur Wiedervereinigung verstoßen kann.

Das Bundesverfassungsgericht entschied sich dafür, zuerst die Frage nach der Rechtsqualität des Wiedervereinigungsgebots zu beantworten. Die juristische Logik sprach für diese Reihenfolge; nur wenn eine Rechtspflicht besteht, hätte das KPD-Verbot unter diesem Gesichtspunkt verfassungswidrig sein können. Vergessen wurde bei Anwendung der juristischen Logik allerdings die Befolgung eines allgemein anerkannten Satzes, der die richterliche Tätigkeit begrenzt. Im Unterschied zum Politiker darf der Richter nämlich nur zu solchen Fragen Stellung nehmen, deren Beantwortung für die Lösung des jeweils konkret zur Entscheidung anstehenden Falles erforderlich ist. Diese von niemandem bezweifelte Beschränkung richterlicher Tätigkeit findet ihren Ausdruck nicht zuletzt in der Tatsache,

daß das Bundesverfassungsgericht schwierige juristische Fragen regelmäßig unbeantwortet läßt, wenn deren Beantwortung für die Entscheidungsfindung unerheblich ist. Die geläufige Formel dafür lautet: Es kann dahingestellt bleiben, ob.[417] Da die Frage nach der Rechtsqualität der Präambel keineswegs zweifelsfrei beantwortet war, darüber hinaus ein Verbot der KPD nach Auffassung des Gerichts die Wiedervereinigung nicht tangierte, hätte es konsequenterweise dahingestellt bleiben können, ob es sich um eine Rechtspflicht oder nur um eine politische Forderung handelt.[418] Wie schon bei seinen Äußerungen zum Status Deutschlands und zu Berlin praktizierte das Bundesverfassungsgericht auch hier das Gegenteil dessen, was es mit dem Begriff judicial self-restraint selbst für sich in Anspruch nahm.

2. Politisches Bekenntnis

War der Rückgriff des Bundesverfassungsgerichts auf Satz 3 der Präambel des Grundgesetzes auch ein kaum taugliches juristisches Mittel, um die Rechtspflicht für alle westdeutschen Organe zu begründen, die Einheit Deutschlands mit allen Kräften anzustreben und alles zu unterlassen, was die Wiedervereinigung hindern oder unmöglich machen würde, so entsprach das proklamierte Wiedervereinigungsgebot dafür um so mehr der patriotischen Stimmung in Westdeutschland. Es war Spiegelbild eines breiten Konsens zwischen politischen Organen und Parteien, zwischen Verbänden und Organisationen sowie der Bevölkerung überhaupt, der zum Zeitpunkt des KPD-Urteils bereits zehn Jahre gewährt hatte und in der politischen Forderung an die Siegermächte, aber auch an die Machthaber in Ostdeutschland gipfelte, die Einheit Deutschlands in Freiheit wiederherzustellen. Dieser Konsens in der Forderung nach Wiedervereini-

417) Ein typisches Beispiel dafür ist das Beamten-Urteil vom 17. Dezember 1953, in dem es das Bundesverfassungsgericht vermied, eine klare Stellungnahme zur Frage des Fortbestandes des deutschen Staates zu beziehen. Vergl. oben S. 63

418) Ebenso Quist, Politische Studien 1971 S. 615.

gung - wie die Wiederherstellung der politischen Einheit in der öffentlichen Debatte von Anbeginn unzutreffend, aber einprägsam bezeichnet wurde[419] - bestand unbeschadet der Differenz über den einzuschlagenden Weg bzw. über die zu ergreifenden Maßnahmen, unbeschadet der divergierenden Auffassungen über die Grenzen des gesamtdeutschen Staates[420] und schließlich auch unbeschadet des im gesamtdeutschen Staat zu etablierenden Gesellschaftssystems. Dieses von allen getragene Verlangen nach Wiedervereinigung war der wirkliche Grund für die vom Bundesverfassungsgericht proklamierte Rechtspflicht. Wo sich alle politischen Kräfte in gesamtdeutschen Visionen überboten, wollte es als eines der Verfassungsorgane nicht zurückstehen.

"Die deutsche Bundesregierung kennt seit ihrem Bestehen keine verpflichtendere Aufgabe als die Wiederherstellung der deutschen Einheit. Sie ist sich bewußt, daß die erstrebte, ganz Deutschland umfassende staatliche Ordnung aus einem freien Entscheid des ganzen deutschen Volkes kommen muß."[421] Mit dieser Erklärung vom 22. März 1950 war die grundsätzliche Position der Bundesregierung in der Wiedervereinigungsdebatte auf Jahre hinaus festgeschrieben worden. Welche Schritte sie auch zur Integration Westdeutschlands in Westeuropa einleitete - ob Beitritt zum Europarat oder zur Montan-Union, ob EVG oder NATO -, wie geartete Wiedervereinigungsvorschläge des Ostens sie auch ablehnte[422], stets bekannte sie sich zur Wiedervereinigung als Hauptaufgabe der deutschen Politik, immer versicherte sie, daß alle ihre Maßnahmen und Entscheidungen

---

419) Zumindest teilweise war man sich dieser unrichtigen Bezeichnung bewußt, wie etwa die Feststellung des Abg. von Merkatz (DP) zeigt: "In 'Wiedervereinigung' steckt schon irgendwie die Unterstellung, als gebe es zwei deutsche Staaten; aber dieses Wort hat sich nun einmal eingebürgert." BT, 2. WP, 156. Sitzung S. 8552.

420) Insbesondere die Vertriebenenverbände wehrten sich vehement gegen die Anerkennung der Grenzen vom 31. Dezember 1937. So forderte z.B. der Vorsitzende des Bundes der vertriebenen Deutschen und BHE-Bundestagsabgeordnete Kather die Wiederherstellung des deutschen Staates in den Grenzen vom 1. September 1939 unter Ausklammerung Österreichs. Vergl. "Die europäische Zeitung" vom 25. April 1957, aber auch den Antrag des BHE zu den Grenzen Deutschlands, Drucksache II/2406.

421) "Dokumentation zur Deutschlandfrage" I S. 97

422) Vergl. Löwenthal "Vom kalten Krieg zur Ostpolitik" S. 611 ff, Körner "Die alliierten Deutschlandkonferenzen" S. 574 ff.

auf eben dieses Ziel ausgerichtet seien. Jede Kritik an der Wiedervereinigungspolitik der Bundesregierung wurde dann auch mit diesem Bekenntnis entkräftet, das Adenauer im Zusammenhang mit der Erklärung der Sowjetregierung zur Deutschlandfrage vom 15. Januar 1955[423] auf die geradezu klassische Formel gebracht hatte: "Ich brauche nicht besonders zu betonen, daß der Bundesregierung ebenso wie allen Schichten und Ständen des deutschen Volkes die Wiedervereinigung Deutschlands in Frieden und Freiheit das vordringlichste Ziel ist."[424]

Ebenso wie die Bundesregierung ließ der Bundestag keine Gelegenheit aus, sich zur Wiederherstellung der deutschen Einheit zu bekennen. Ob anläßlich der Anerkennung der Oder-Neiße-Grenze durch Ostdeutschland am 6. Juni 1950 oder des Aufstandes in Ostdeutschland am 17. Juni 1953, ob aus Anlaß der wiederholten Bemühungen der Siegermächte um einen Friedensvertrag mit Deutschland oder der Verabschiedung der Pariser Verträge, immer wurden diese Geschehnisse und Aktivitäten mit Erklärungen und Entschließungen begleitet, die - mit Ausnahme der Kommunisten - von allen im Bundestag vertretenen Parteien getragen wurden und deren Grundtenor stets derselbe war: "Der Deutsche Bundestag verpflichtet sich von neuem, als die einzige in Freiheit gewählte Vertretung des deutschen Volkes alles, was in seiner Macht ist, zu tun, um den in Unfreiheit lebenden Deutschen beizustehen und die Wiedervereinigung mit ihnen in Frieden und Freiheit herbeizuführen."[425]

Wenn auch die KPD - solange sie im Bundestag vertreten war - den Entschließungen zur Wiedervereinigung ihre Zustimmung verweigerte, so bedeutete das selbstverständlich nicht, daß sie dieses Ziel nicht auch verfolgte. Dafür sind nicht zuletzt ihre Auslassungen im KPD-Verbotsverfahren Beweis. Ihre Ableh-

---

423) "Dokumentation zur Deutschlandfrage" I S. 269 ff

424) In einem Brief an den damaligen Vorsitzenden der SPD, Ollenhauer; vergl. "Dokumentation zur Deutschlandfrage" I S. 277.

425) So der Wortlaut einer Entschließung des Deutschen Bundestages vom 25. Februar 1954 nach dem Scheitern der Berliner Vierer-Konferenz; BT, 2. WP, 16. Sitzung S. 550.

nung war vielmehr darin begründet, daß alle Entschließungen des Bundestages von der Übertragung des westdeutschen Gesellschaftssystems auf Gesamtdeutschland ausgingen, die Kommunisten umgekehrt jedoch an einen Anschluß Westdeutschlands an Ostdeutschland dachten. Die ablehnende Haltung der KPD gegenüber den Entschließungen des Bundestages spricht also nicht dagegen, daß die Wiedervereinigung für sie ebenso wie für die anderen Parteien "Thema Nr. 1"[426] war. Auf Parteitagen und in den Programmen aller Parteien der damaligen Zeit, von der Sozialistischen Reichspartei bis zur Kommunistischen Partei, nahm die Wiedervereinigungsfrage dementsprechend einen breiten Raum ein. Mochte über sonstige Ziele, auch über den Weg zur Wiederherstellung der deutschen Einheit mit äußerster Härte gestritten worden sein, in dem Bekenntnis zur Wiedervereinigung waren sich alle Parteien derart einig, daß ihre Aussagen in diesem Punkt trotz unterschiedlicher Ideologie und trotz unerschöpflicher Variationsmöglichkeiten in der Wortwahl untereinander austauschbar waren. Wenn die Wiedervereinigung als "sittliche und nationalpolitische Verpflichtung", als "dringendste politische Forderung" oder als "zentrale Aufgabe deutscher Außenpolitik"[427] bezeichnet wurde, so war das Ausdruck einer Allparteienkoalition, der sich keine Partei entziehen konnte, weil die Forderung nach Wiedervereinigung einfach zum guten Ton gehörte.

In diesen Chor stimmten die außerparlamentarischen Gruppen in gleicher Tonlage ein. So versäumte es der Deutsche Gewerkschaftsbund nicht einmal in den Jahren bis 1956, in seinen Aufrufen zum 1. Mai, aber auch zu anderen Gelegenheiten die Teilung Deutschlands zu beklagen und seine "Stimme für die Wiedervereinigung unseres Volkes und unseres Landes"[428] zu erheben. 1954, nach dem Scheitern der Konferenz der vier

426) So die gleichlautende Formulierung auf dem CDU-Parteitag 1956 - "Protokoll der Verhandlungen" S. 83 -, dem FDP-Parteitag 1956 - Sten.Prot. S. E 22 - sowie dem SPD-Parteitag 1954 - "Protokoll der Verhandlungen" S. 10 -.
427) Vergl. Treue "Deutsche Parteiprogramme" S. 240 ff.
428) Mai-Aufruf 1956, "Die Quelle" 1956 S. 146

Siegermächte in Berlin, begnügte sich die Arbeitnehmerorganisation nicht einmal mehr mit der Forderung, alles zur Wiederherstellung der deutschen Einheit Mögliche zu tun, sondern stellte ihren gesamten Mai-Aufruf unter das Motto: "Einheit, Frieden und Freiheit"[429]. Desgleichen äußerten sich, wenn auch nicht so häufig und öffentlichkeitswirksam wie der DGB, die deutsche Industrie und der Arbeitgeberverband. Wie sich diesem die Wiederherstellung der deutschen Einheit als "nationalpolitische Stern- und Kernaufgabe"[430] darstellte, so lag auch jener "in allererster Linie die deutsche Wiedervereinigung am Herzen"[431]. Der Übereinstimmung konkurrierender Parteien entsprach die Übereinstimmung rivalisierender Interessengruppen.

Ähnlich verhielt es sich mit den beiden großen Kirchen Deutschlands. Während die katholische Kirche wie die Industrie ohne Wenn und Aber die Integration Westdeutschlands in Westeuropa und die damit einhergehende Wiederaufrüstung unterstützte[432], die beide untrennbar mit der Wiedervereinigungsproblematik verbunden waren, verfolgte die evangelische Kirche - darin dem DGB folgend - Adenauers Politik mit Skepsis, wenn nicht gar - denkt man etwa an Namen wie Heinemann und Niemöller - mit offener Ablehnung.[433] Die unterschiedlichen Positionen zur Wiederbewaffnung und zur Westintegration hatten jedoch keinerlei Einfluß auf das Bekenntnis zur Zusammengehörigkeit aller Deutschen. Wenn auch beide Kirchen ersichtlich bemüht waren, die Grenzen zwischen politischem und Kirchenamt nicht zu verwischen und sich politischer Stellungnahmen zu enthalten, fühlten sie sich doch gleichermaßen verpflichtet, die Politiker an ihre Aufgabe zu erinnern. Dabei zeigte sich die katholische Kirche sehr viel zurückhaltender als die evangelische Kirche, sowohl was die Wortwahl als auch was die Häufigkeit ihrer

---

429) "Die Quelle" 1954 S. 145 f
430) "Der Arbeitgeber" 1955 S. 262
431) "Mitteilungen des Bundesverbandes der deutschen Industrie" 1955 Nr. 6 S. 4
432) "Der deutsche Soldat in der Armee von morgen" S. 62 ff, Spotts "Kirchen und Politik in Deutschland" S. 212 ff
433) Koch "Heinemann und die Deutschlandfrage" S. 352 ff

Äußerungen anbelangt.[434] Von der - auch sonst gebräuchlichen - Diktion der katholischen Kirche, daß sich alle Deutschen in der Forderung nach Wiedervereinigung Gesamtdeutschlands einig seien[435], hoben sich die mahnenden, fast anklagenden Worte der evangelischen Kirche deutlich ab: "Ihr Politiker seid unserem Volk die Wiedervereinigung schuldig. Tut, was ihr tun zu müssen glaubt, aber tut es immer mit dem Gedanken und mit dem Ziel: Deutschland muß wiedervereinigt werden."[436] War die Wiedervereinigung für die Politiker ein vordringliches politisches Ziel, so war sie im Verständnis der Kirchen eine sittliche Notwendigkeit.

Auch die organisierte Jugend Westdeutschlands ließ es nicht an Bekundungen zur deutschen Einheit fehlen. So widmete der Deutsche Bundesjugendring seine 11. Vollversammlung im Jahre 1954 dem Thema "Unteilbares Deutschland als Aufgabe des gesamten Volkes"[437]. Die in diesem Verband organisierten fünf Millionen Jugendlichen standen der älteren Generation in nichts nach, wenn sie pathetisch bekannten, "die deutsche Jugend wird sich niemals damit abfinden können, daß Deutschland auf die Dauer ein ähnliches Schicksal wie Korea oder Indochina erleben wird"[438]. Wenn darüber hinaus der Verband Deutscher Studentenschaften von der Bundesregierung die äußersten Anstrengungen zur Wiedervereinigung Deutschlands forderte[439], so war das das Grundmuster der Stellungnahmen aller Jugendverbände, mochten sie kirchlich, gewerkschaftlich, parteipolitisch gebunden oder unabhängig gewesen sein, mochten sie des weiteren zum Verteidigungsbeitrag Westdeutschlands, der im allgemeinen Anlaß zu diesbezüglichen Äußerungen war, auch unterschiedliche Positionen vertreten haben.[440]

---

434) Der Grund dafür liegt vor allem darin, daß sich die katholische Kirche traditionsgemäß auf soziale Anliegen konzentriert und politischen Fragen, soweit sie nicht ihr Glaubensdogma berühren, weniger Beachtung schenkt Vergl. Spotts aaO S. 209.

435) "Echo der Zeit" vom 14. Februar 1954

436) So Bischof Dibelius, edp vom 21. Mai 1952.

437) Vergl. "SPD-Pressedienst" vom 1. Dezember 1954, "Neuer Vorwärts" vom 3. Dezember 1954.

438) So in einem Brief an den damaligen Botschaftter der UdSSR in Ost-Berlin, Puschkin; vergl. "Neues Deutschland" vom 25. Februar 1955.

439) Jahn "Für und gegen den Wehrbeitrag" S. 161

440) Jahn aaO S. 161 ff, "Der deutsche Soldat in der Armee von morgen" S. 112 ff

Dieser Primat der zumindest verbalen Wiedervereinigungspolitik stimmte letztlich auch mit dem Bewußtsein der westdeutschen Bevölkerung überein. Mögen zumindest bei einigen Politikern Zweifel erlaubt sein, ob sich ihre immer wieder geäußerten Wiedervereinigungshoffnungen und -prognosen mit ihren Überzeugungen deckten[441], so kann doch von der westdeutschen Bevölkerung festgestellt werden, daß sie in der Teilung Deutschlands nicht mehr als nur einen vorübergehenden Zustand erblickte. Für die wichtigste Frage der westdeutschen Politik wurde spätestens seit 1953 die Wiederherstellung der Einheit Deutschlands gehalten.[442] 65 % der westdeutschen Bevölkerung vertrat 1956 die Ansicht, daß die Forderung nach Wiedervereinigung immer wieder erhoben werden müsse und auf sie nicht verzichtet werden dürfe.[443] Wenn auch der Gewöhnungseffekt mehr und mehr zum Tragen kam, so empfanden zum gleichen Zeitpunkt immerhin noch mehr als die Hälfte der Bundesbürger die Teilung Deutschlands als unerträglich.[444] Dieses durchgängige Zusammengehörigkeitsgefühl war auch nicht durch die alternative Vorstellung einer westeuropäischen Einigung zu erschüttern. Zog 1951 lediglich gut die Hälfte der westdeutschen Bevölkerung die Vereinigung der Westzonen und der Ostzone einem vereinigten Westeuropa vor, so waren es 1955 mehr als drei Viertel.[445] Seinen sichtbarsten Ausdruck fand dieser allgemeine Konsens der westdeutschen Bevölkerung schließlich in der Paulskirchen-Bewegung des Jahres 1955 und dem in diesem Zusammenhang verabschiedeten "Deutschen Manifest", in dem es u.a. hieß: "Aus ernster Sorge um die Wiedervereinigung Deutschlands sind wir überzeugt, daß jetzt die Stunde gekommen ist, Volk und Regierung in feierlicher Form zu entschlossenem Widerstand gegen die sich immer stärker abzeichnenden Tendenzen einer endgültigen Zerreißung unseres Volkes aufzurufen ... Das deutsche Volk hat ein Recht auf seine Wiedervereinigung!"[446]

---

441) Der Streit um die Ernsthaftigkeit der westdeutschen Wiedervereinigungspolitik ist bis heute nicht verstummt, wie z.B. einerseits Körner "Die Wiedervereinigungspolitik" S. 588 ff und andererseits Schwarz PM 1975 H. 163 S. 33 ff zeigen.

442) "Jahrbuch der öffentlichen Meinung 1947 - 1955" S. 392. Die Jahre davor war die Verbesserung der wirtschaftlichen Lage das Hauptanliegen der westdeutschen Bevölkerung; vergl. allgemein Neumann PM 1964 H. 91 S. 19 ff.

443) "Jahrbuch der öffentlichen Meinung 1957" S. 316

444) Ebenda

445) "Emnid-Informationen" 1953 Nr. 39, 1954 Nr. 21, 1955 Nr. 41

446) Jahn aaO S. 200

Allen diesen Stellungnahmen ist eines gemein: Zwar war bisweilen von einem Rechtsanspruch und fast immer von einer Verpflichtung die Rede, nicht jedoch von einer Rechtspflicht. Während sich der Rechtsanspruch gegen die Siegermächte richtete und aus dem Selbstbestimmungsrecht der Völker hergeleitet wurde[447], resultierte die Verpflichtung aus dem nationalen Zusammengehörigkeitsgefühl der Deutschen, aus dem Willen, den erst 1871 geschaffenen einen deutschen Staat nicht schon nach weniger als acht Jahrzehnten wieder untergehen zu lassen. Hierbei handelte es sich um eine nationale Pflicht, die politisch, sittlich und moralisch motiviert war. Diese Verpflichtung der politisch Verantwortlichen wie auch des deutschen Volkes insgesamt hatte mit einer Rechtspflicht wenig zu tun. Sie wurde dazu erst in dem Augenblick gemacht, als versucht wurde, unter Einschaltung des Bundesverfassungsgerichts die Durchsetzung politischer Ziele, nämlich der Westintegration und der Wiederaufrüstung, zu verhindern. Als mehr und mehr sichtbar wurde, daß die Verfolgung dieser Ziele die Forderung nach Wiedervereinigung endgültig zu einer leeren Deklamation zu machen drohte, wurde die nationale Pflicht, und zwar zuerst von den Politikern, zu einer Rechtspflicht stilisiert. Wie wenig überzeugend diese Bemühungen der Politiker jedoch waren, zeigte sich daran, daß nur im Zusammenhang mit den Auseinandersetzungen vor dem Bundesverfassungsgericht der Rechtspflicht das Wort geredet, ansonsten von einer derartigen Qualifizierung Abstand genommen wurde.[448] Die Pflicht zur Wiedervereinigung entsprang einzig dem nationalen Sendungsbewußtsein der Deutschen, nicht einer wie auch immer gearteten Rechtsnorm. Sie war Ausdruck des Bekenntnisses aller politischen Kräfte und Interessengruppen zur Einheit der Nation, das sowohl Richtschnur für eigenes Handeln als auch Anspruch gegen die Siegermächte sein sollte.

---

447) Über die Frage, ob das Selbstbestimmungsrecht ein alle Staaten bindender Völkerrechtssatz - und damit aus ihm ein Rechtsanspruch hergeleitet werden kann - oder aber nur eine unverbindliche Richtlinie ist, besteht bis heute keine Einigkeit; Vergl. Wengler "Völkerrecht" S. 982 ff und S. 1031 ff.

448) Auf dem SPD-Parteitag 1952 wurde zwar auf das Grundgesetz rekurriert, allerdings geschah das mit Blick auf das laufende EVG-Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht; vergl. "Protokoll der Verhandlungen" S. 265.

Vor dem Hintergrund dieses einmütigen Wunsches nach Einheit, der an Catos berühmtes Wort ceterum censeo erinnert, den Worten allerdings keine Taten folgen ließ[449], erscheint das vom Bundesverfassungsgericht zur Rechtspflicht erhobene Wiedervereinigungsgebot nur als ein Schönheitsfehler, tat es doch nicht mehr, als mit dem ihm zur Verfügung stehenden - juristischen - Instrumentarium in den allgemeinen Ruf nach Wiedervereinigung einzustimmen. Da es nicht Aufgabe eines Gerichts ist, politische Forderungen und Bekenntnisse zu verbreiten, sondern darüber zu befinden, ob Handlungen Rechtens sind oder nicht, mußte die nationale Pflicht zwangsläufig zu einer Rechtspflicht werden, sollte ihre Berechtigung und ihre Dringlichkeit in der Wirkung nicht beeinträchtigt werden. Mit diesem qualitativen Sprung von einem politischen Bekenntnis zu einer Rechtspflicht wurde auf nationaler Ebene im übrigen scheinbar nur nachgeholt, was auf internationaler Ebene bereits mit dem Deutschlandvertrag vollzogen worden war, mit dem sich neben den drei Westmächten auch Westdeutschland verpflichtet hatte, mit friedlichen Mitteln das Ziel eines wiedervereinigten Deutschlands anzustreben.[450] Allerdings können sich die Vertragspartner dieser Verpflichtung im gegenseitigen Einvernehmen entheben, mehr noch: Ein Verstoß gegen den Deutschlandvertrag bleibt ohne Folgen, wie die Vergangenheit zur Genüge erwiesen hat. Das zur Verfassungspflicht erhobene Wiedervereinigungsgebot dagegen ist irreversibel mit der Folge, daß ein Verstoß dagegen die Unwirksamkeit politischen Handelns wegen Verfassungswidrigkeit nach sich ziehen kann, soweit sich ein Kläger findet. Daran sollte es eineinhalb Jahrzehnte später nicht fehlen.

Angesichts des von allen beteuerten Wiedervereinigungswillens ist es wenig verwunderlich, daß das Bundesverfassungsgericht so gut wie keinen Widerspruch erfuhr. Von den Politikern war

449) Klaus Besser, ein scharfer Kritiker der damaligen deutschlandpolitischen Immobilität, umschrieb diese Wiedervereinigungspolitik kurz und bündig mit den Worten: "Reden - ja, aber um Gottes und des Kanzlers willen: handeln - nein!" "Neue Ruhr-Zeitung" vom 12. Januar 1956.

450) Art. 7 Abs. 2

das ohnehin nicht zu erwarten, waren sie es doch, die als erste die politische Aufgabe in eine Rechtspflicht umfunktioniert hatten. Aber auch die Rechtswissenschaft, die bis zum KPD-Urteil der Präambel lediglich deklaratorischen Wert beigemessen hatte, enthielt sich jeder Kritik, ja es war eine erstaunliche Wendung zu verzeichnen; denn nach dem Urteil wurde fast einhellig - auch von jenen, die vorher anderer Meinung waren - zugrunde gelegt, daß Satz 3 der Präambel eine Rechtspflicht zur Wiedervereinigung enthalte. Allerdings fand sich niemand in der Lage, für den Meinungsumschwung eine überzeugende Begründung zu geben. In der Regel beschränkte man sich mit dem pauschalen Hinweis auf das KPD-Urteil[451] oder es wurde behauptet, die hervorragende Stelle, die der Verfassungsgeber diesem Satz der Präambel eingeräumt habe, unterstreiche die Tatsache, daß in ihm mehr als nur ein Programm enthalten sei.[452] Das waren ohne Zweifel wenig rechtserhebliche Feststellungen. Schließlich mußte auch die Bemühung, die Rechtspflicht aus Art. 146 des Grundgesetzes herzuleiten und auf diesem Wege die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu retten, ein untauglicher Versuch bleiben[453], da diese Vorschrift eben nur ein "demonstrativer Akt"[454] in Richtung Wiederherstellung der Einheit Deutschlands ist. Ist es schon zweifelhaft, ob die Präambel eine Rechtspflicht enthält, so gilt das noch mehr für Art. 146.

Das KPD-Urteil, soweit es die Wiedervereinigungsfrage betrifft, wie auch seine Rezeption in der Rechtswissenschaft waren nicht Rechtsfindung unter Anwendung von Normen, sondern Ausfluß der damals herrschenden patriotischen Volksstimmung. Hier wie bei der Berlin-Rechtsprechung war dasselbe Phänomen sichtbar: Der Mangel an einer Rechtsnorm verführte das Bundesverfassungsgericht zu der fragwürdigen Methode, ohne zureichende Begründung das Vorhandensein einer solchen zu behaupten.

---

451) So etwa Hamann "Das Grundgesetz", 2. Aufl. S. 58, von Mangoldt-Klein 'Das Bonner Grundgesetz", 2. Aufl. S. 49, Giese-Schunck "Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland", 5. Aufl. S. 9.

452) Klein "Bonner Grundgesetz und Wiedervereinigung Deutschlands" S. 140

453) Karl Weber aaO S. 63 ff. Dieses Bemühen geht übrigens zurück auf Scheuner; vergl. "Der Kampf um den Wehrbeitrag" III S. 341.

454) So Abg. Katz, Parlamentarischer Rat, Organisationsausschuß, 18. Sitzung S. 50.

Es wurde als Rechtsprechung ausgegeben, was tatsächlich nur die Übernahme eines politischen Bekenntnisses auf die juristische Ebene, damit aber auch eine unzulässige Ergänzung der Verfassung durch das Gericht war.[455] Dabei heiligte der Zweck die Mittel. Der allgemeinen Sehnsucht nach Wiederherstellung der deutschen Einheit und der darauf basierenden Politik, die sich allerdings mehr oder weniger in Bekenntnissen und Forderungen erschöpfte, sollte durch die richterliche Feststellung, daß das Streben nach Wiedervereinigung mit dem Recht in Einklang stehe, äußerster Nachdruck verliehen werden. Diese juristische Überhöhung eines politischen Bekenntnisses war daher auch Ausdruck der Wechselbeziehung zwischen Recht und Politik; denn diese ist über alle Zweifel erhaben, wenn sie sich auf vorhandene Rechtssätze zu berufen vermag.

In welchem Maße vom Bundesverfassungsgericht politische Glaubenssätze übernommen und als verfassungsrechtlich abgesichert ausgegeben wurden, dafür ist schließlich die vom Gericht selbst vorgenommene Relativierung der Wiedervereinigungspflicht Beweis. Wenn nach seiner Einschätzung einerseits bestimmte Handlungen der Staatsorgane zum Zwecke der Wiedervereinigung nicht gefordert werden können, andererseits keine Handlungen diese Wiedervereinigung unmöglich machen dürfen, so war das nicht etwa eigene Erkenntnis der Karlsruher Richter, sondern die Wiedergabe des regierungsamtlichen Standpunktes.[456] Wie beim Saar-Urteil wurde als verfassungsrechtlich unbedenklich sanktioniert, was die Bundesregierung meinte, konzedieren zu können, ohne in ihrer politischen Bewegungsfreiheit eingeengt zu werden. Angesichts dieser eher negativ als positiv

---

455) Darauf machte als erster Rumpf EA 1957 S. 9729 aufmerksam.

456) "KPD-Prozeß" Band 3 S. 555: "Die Entscheidung darüber, welche Schritte und Maßnahmen zur Erreichung des Zieles, Deutschland in Freiheit wieder zu vereinigen, notwendig und zweckmäßig sind, ist Angelegenheit des pflichtmäßigen Ermessens der nach dem GG hierfür zuständigen politischen Instanzen und in diesem Verfahren nicht zu erörtern." Vergl. auch die Ausführungen des damaligen Völkerrechtssachverständigen des Auswärtigen Amtes, Erich Kaufmann, im Bulletin 1955 S. 21.

formulierten Wiedervereinigungspflicht erscheint es verständlich, wenn gelegentlich statt von einem Wiedervereinigungsgebot von einem "Wiedervereinigungsbehinderungsverbot"[457] gesprochen wurde.

Diese Relativierung ändert allerdings nichts an der Feststellung, daß sich alle Deutschlandpolitik nach dem KPD-Urteil an einer Rechtspflicht orientieren mußte, die nicht von den Verfassungsvätern, sondern vom Bundesverfassungsgericht aufgestellt worden ist. Damit ist dem Grundgesetz, das zugleich Gerüst und Begrenzung jeder Politik ist, nachträglich eine mächtige Strebe eingezogen worden, die die Grenze der Kompromißfähigkeit als wesentliches Charakteristikum einer friedlichen Politik deutlich nach vorne geschoben hat; denn alle denkbaren politischen Lösungen der Deutschlandfrage, die die Wiedervereinigung als nicht realisierbar zugrunde legten, mußten wegen offenkundiger Verfassungswidrigkeit von vornherein außer Betracht bleiben. Der berechtigte Wunsch der Deutschen nach Wiederherstellung der politischen Einheit ihres Vaterlandes wurde auf diese Weise zu einem von der Wirklichkeit losgelösten, auf unabsehbare Dauer geltenden Leitbild westdeutscher Deutschlandpolitik. Diesem Leitbild widersprach zwar nicht die Adenauersche Wiedervereinigungspolitik, die sich weitgehend im Verbalen erschöpfte und schon deshalb nicht gegen das Wiedervereinigungsgebot verstoßen konnte. Jede Abkehr von der Aufrechterhaltung nicht realisierbarer Wünsche und Forderungen, d.h. die später so genannte Anerkennung der Realitäten mußte sich jedoch zwangsläufig in Widerspruch zu diesem vom politischen zum juristischen Dogma gewordenen Wiedervereinigungsgebot setzen. Eine Konsequenz, die das Bundesverfassungsgericht in der Wiedervereinigungseuphorie der 50er Jahre nicht beachtete, als Wiedervereinigungspolitik lediglich der "Gestaltungsversuch mit rechtlichen Mitteln"[458] war.

---

457) Die Wortschöpfung geht zurück auf Gerhard Hoffmann "Staats- und völkerrechtliche Möglichkeiten der Wiedervereinigung" S. 117.

458) Körner aaO S. 589

Später, im Vorfeld einer Neuorientierung der Deutschlandpolitik, nutzte es daher wenig, wenn das Bestehen einer Wiedervereinigungspflicht in Zweifel gezogen wurde.[459] Die Auslegung der Präambel des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht galt und mußte als unabänderliches Faktum hingenommen werden; denn - wie Kewenig resignierend feststellte - von der Rechtsqualität der Präambel ging fortan auch die ganz überwiegende Staatsrechtslehre aus, so daß der Versuch nicht sinnvoll erschien, dem Wiedervereinigungsgebot nur politische Bedeutung zuzusprechen.[460] Damit ist angedeutet, daß hier ebenso wie im Zusammenhang mit der Identitätstheorie und der Berlin-Problematik Konsens und Konflikt zwischen Politik und Recht dicht beieinander-lagen.

VI. Loyalität und Legitimation

Das KPD-Urteil aus dem Jahre 1956 sowie das Konkordats- und Berlin-Urteil des Jahres 1957 markierten den vorläufigen Schlußpunkt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Deutschlandproblematik. Innerhalb eines dreiviertel Jahres wurde das Zögern und Tasten, das die ersten Jahre der Verfassungsrechtsprechung bestimmt hatte, durch klare Aussagen ersetzt. Diese Aussagen ergaben zwar kein deutschlandpolitisches Konzept in dem Sinne, daß die Lösung der deutschen Frage aufgezeigt wurde. Sie beinhalteten jedoch entscheidende Festlegungen und damit den Rahmen für jede zukünftige Deutschlandpolitik. Dieser Rahmen umfaßte fünf unverzichtbare Essentials: Erstens. Der deutsche Staat existiert in den Grenzen von 1937 fort. Zweitens. Der westdeutsche Staat ist mit diesem fortbestehenden deutschen Staat identisch. Drittens. Ostdeutschland ist kein Staat und damit auch kein Ausland im Verhältnis zu Westdeutschland bzw. Gesamtdeutschland. Viertens. West-Berlin ist Bestandteil West-

459) So etwa Quist aaO S. 616 ff, Lewald NJW 1971 S. 90.
460) "Verfassungsrechtliche Probleme eines Vertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik" S. 118

deutschlands. Fünftens. Die Organe Westdeutschlands haben die verfassungsrechtliche Pflicht, die Wiedervereinigung Deutschlands anzustreben.

Mit Ausnahme der Identitätstheorie waren diese verfassungsrechtlichen Festschreibungen lediglich die Wiedergabe dessen, was alle politischen Kräfte übereinstimmend forderten bzw. praktizierten. Das gilt selbst hinsichtlich West-Berlins; denn wenn sich die Bundesregierung auch weigerte, von der rechtlichen Zugehörigkeit West-Berlins zu Westdeutschland offen zu sprechen, so tat sie schließlich doch alles, um die faktische Gleichstellung mit den Bundesländern zu erreichen. Wann immer es möglich war, hat das Bundesverfassungsgericht also einen Allparteienstandpunkt eingenommen. War dieser Weg allerdings wegen nicht zu vereinbarender Positionen der Parteien verschlossen, entschied es sich - dabei spielte es keine Rolle, welcher der beiden Senate zuständig war - für die politische Mehrheit und damit für die Bundesregierung, was sich sowohl im Zusammenhang mit der Frage nach der Staatlichkeit Westdeutschlands als auch im Zusammenhang mit dem Saarabkommen zeigte. Das Bundesverfassungsgericht respektierte somit in dieser ersten Phase seiner deutschlandpolitischen Rechtsprechung eindeutig die auf politischer Ebene gefallenen Entscheidungen.

Diese Tatsache war weniger darin begründet, daß sich die Verfassungsrichter mit den Positionen der Politiker identifizierten - das Beamten-Urteil vom Dezember 1953 hatte das hinreichend bewiesen -, als vielmehr in dem erkennbaren Bemühen, ihre sich selbst in der Denkschrift zugesprochene Kompetenz auf Beteiligung am politischen Willensbildungsprozeß auf außenpolitischem und damit auf deutschlandpolitischem Felde im Sinne einer aktiven Einflußnahme nicht wahrzunehmen. Das Saar-Urteil ist hierfür nicht nur sichtbarer Beweis, sondern es enthält darüber hinaus expressis verbis die insofern für das Gericht maßgebliche Maxime, nämlich Entscheidungen der gesetzgebenden Körperschaften im außenpolitischen Bereich loyal

zu interpretieren. Daß diese Loyalität im Zweifel der Regierung galt, hatte der ehemalige Bundesverfassungsrichter Drath schon 1953 in aller Klarheit formuliert: Die Richter des Bundesverfassungsgerichts müßten die Rechtsnormen vor dem Hintergrund der politischen Überzeugungen im Volke und der politischen Entwicklung ansehen; dabei dürfe nicht übersehen werden, daß das Grundgesetz die Stellung der Regierung stärken, aber nicht schwächen wolle.[461)]

Loyalität gegenüber den gesetzgebenden Körperschaften im allgemeinen und gegenüber der Regierung im besonderen ist somit das wesentliche Kennzeichen der deutschlandpolitischen Verfassungsrechtsprechung in den Jahren von 1951 - 1956/57. Loyalität meint im ursprünglichen Sinn Gesetzestreue. Auf das spezifische Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und Bundesregierung übertragen heißt das Regierungstreue mit der Folge, daß Regierungshandeln befürwortet, zumindest nicht in Zweifel gezogen wird. Da Loyalität unabhängig von den Bewertungskriterien falsch oder richtig ist, konnte das Bundesverfassungsgericht, als es Maßnahmen und Positionen der Regierung auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüfte - unmittelbar aufgrund seiner Einschaltung durch politische Organe oder mittelbar im Rahmen von Verfassungsbeschwerden und konkreten Normenkontrollverfahren -, immer nur zu der Bewertung "verfassungsmäßig" gelangen. Die Loyalität hatte daher zwangsläufig zur Konsequenz, daß das Auffinden durch das Erfinden von Verfassungsnormen ersetzt wurde, wenn es an solchen fehlte, um auf diese Weise politische Entscheidungen oder von Politikern geltend gemachte Ansprüche, die nicht in der oder in Widerspruch zur Verfassung standen, verfassungsrechtlich absichern zu können.[462)] Loyalität bedeutete deshalb notwendigerweise Unterstützung der Regierungspolitik.

Welche Gründe hatte das Bundesverfassungsgericht für diese Loyalitätsbezeugung? Zum einen wurden Bundestag und speziell die Bundesregierung als rechtmäßige Sachwalter der deutschen

461) "Der Tag" vom 4. März 1953
462) Ähnlich Martin PuZ 1971 B 38 S. 26.

Interessen akzeptiert. Dabei gab das Gericht der Regierung insofern einen Vertrauensvorschuß, als es von dem Axiom ausging, ihre Politik befinde sich stets im Einklang mit dem Grundgesetz.[463] Zum anderen schreckte das Gericht offensichtlich vor der Mehrdimensionalität zurück, die in seinem Verständnis die Außen- und Deutschlandpolitik von der Innenpolitik unterschied.[464] Die Richter fühlten sich offenbar überfordert, an einem Meinungsbildungs- und Entscheidungsprozeß teilzunehmen, deren Verlauf von vielen Unbekannten abhängig war, deren Wirkungen und Spielregeln ihnen weitgehend verborgen blieben. Man begnügte sich statt dessen mit dem, was die mit diesen Spielregeln Vertrauten, nämlich die Politiker für vertretbar hielten.

Die Loyalitätsbezeugung wurde darüber hinaus durch zwei weitere Umstände begünstigt, die eng mit der Anfangsphase des Bundesverfassungsgerichts verknüpft sind. Einerseits war es nicht durch eine vorangegangene Rechtsprechung gebunden. Es begann am Punkt Null. Wenn aber auf dem Gebiet der Verfassungsrechtsprechung eine tabula rasa gegeben war, konnte sich auch nicht das in der Rechtsprechung geltende Prinzip der Kontinuität auswirken. Mit anderen Worten: Das Bundesverfassungsgericht konnte sich in dieser ersten Phase seiner deutschlandpolitischen Rechtsprechung nicht zu sich selbst in Widerspruch setzen. Die einzige Beschränkung seiner rechtsprechenden Tätigkeit zu diesem Zeitpunkt war das Grundgesetz, das wiederum von ihm selbst verbindlich ausgelegt wurde. Daher stand der Übernahme politischer Vorstellungen auf die Rechtsebene nichts im Wege.

Andererseits ist zu berücksichtigen, daß sich das Gericht zunächst einmal Autorität verschaffen mußte. Diese konnte nur aus der Sachkompetenz, d.h. aus hinreichend begründeten, allgemein akzeptierten Urteilen erwachsen. In der schwierigen Phase der Autoritätsbegründung lag es nahe, Fragen, die von

463) BVerfGE 4 S. 168
464) aaO S. 168 f, BVerfGE 5 S. 130

weitreichender Bedeutung für den Bestand Westdeutschlands und die darüber hinaus in der Verfassung nicht geregelt waren, entweder in Übereinstimmung mit allen politischen Kräften zu entscheiden oder aber zumindest der politischen Mehrheit zu folgen. Für dieses Bemühen des Gerichts, seine Konsolidierungsphase nach Möglichkeit ohne Konfrontation mit anderen Verfassungsorganen, d.h. möglichst konfliktfrei abzuschließen, ist nicht zuletzt die Nichtentscheidung im EVG-Verfahren charakteristisch. In der Phase von 1951 bis 1956/57 fühlte sich das Bundesverfassungsgericht noch nicht gefestigt genug, zu den Fragen des deutschen Staates ohne Anlehnung an bereits gefallene politische Entscheidungen Stellung zu nehmen.

Vertrauensvorschuß gegenüber der Regierung, Mehrdimensionalität der Deutschlandpolitik, Beginn der Verfassungsrechtsprechung am Punkt Null sowie die damit verbundene Phase der Autoritätsbegründung waren somit ausschlaggebend für die Loyalität des Bundesverfassungsgerichts. Aufgrund der Tragweite seiner Entscheidungen erhielt diese Loyalität allerdings eine besondere Qualität. Sie war, da im Zweifel im Sinne der Regierung entschieden wurde, objektiv eine Legitimation der Politik der Bundesregierung; denn die Aussagen des Gerichts hatten praktisch zur Folge, daß diese Politik unanfechtbar, stabil gemacht wurde. Diese Legitimation erschöpfte sich nicht nur in der Feststellung, daß die von der Bundesregierung vertretenen politischen Ziele und Forderungen legal seien, sondern die allgemein geteilte Überzeugung, daß das Bundesverfassungsgericht als neutrale Instanz mit Hilfe von rational standards seine Entscheidungen fällt, erweckte des weiteren den Eindruck der Rationalität dieser Ziele und Forderungen. Die Bundesregierung konnte daher unter Hinweis auf die Verfassungsrechtsprechung[465] für ihre Politik

---

465) Beispielhaft für diese Bezugnahme ist der Artikel "Verhandlungen mit Pankow auch rechtlich unmöglich" im Bulletin 1958 S. 481 ff. Nur mit Ironie kann vermerkt werden, daß sich zu dieser Feststellung ausgerechnet Rumpf veranlaßt fühlte, der noch kurze Zeit vorher dem Bundesverfassungsgericht eine unzulässige Verfassungsergänzung attestiert hatte; vergl. Anm. 455.

gleichermaßen Legalität und Rationalität[466] in Anspruch nehmen. Anders ausgedrückt: Die Legitimation brachte zwangsläufig einen Stabilisierungseffekt der Deutschlandpolitik Adenauers mit sich.

Die Legitimation reichte aus, um ein Jahrzehnt lang alle Kritik an der deutschlandpolitischen Unbeweglichkeit der Regierung Adenauer ins Leere laufen zu lassen; denn wenn der fortbestehende deutsche Staat, die Identität des westdeutschen Staates mit diesem Staat sowie die Nichtexistenz eines ostdeutschen Staates verfassungsrechtlich verankert sind, konnte es für die Bundesregierung keinen Anlaß geben, diese ihre Positionen in der Wiedervereinigungsdebatte aufzugeben. Vereinzelte Stimmen, die schon frühzeitig auf den Unterschied zwischen Rechtsanspruch und Politik aufmerksam machten, die das scheinbar bewährte und starre Konzept des Alles oder Nichts in Frage stellten[467], mußten angesichts des Zusammengehens von Politik und Justiz genauso ungehört bleiben wie diejenigen Staatsrechtler, die sich trotz der verbindlichen Urteile des Bundesverfassungsgerichts weiterhin Gedanken über die staatsrechtliche Konstruktion Deutschlands machten.[468] Die Regierungspolitik war in Sachen Deutschland durch das Recht immun gemacht worden, zumindest für den Zeitraum, während-dessen sich nicht eine unüberbrückbare Kluft zwischen den Erwartungen der Herrschenden und Beherrschten, zwischen Regierung und Bevölkerung auftun würde, d.h. so lange, bis die politische Wirklichkeit die Fragwürdigkeit des Rechts offenbar werden ließ.

Wie die Legitimation der Politik der Bundesregierung notwendige Folge der Loyalität des Bundesverfassungsgerichts war, so war die Anerkennung des Primats der Politik durch das Gericht unabdingbare Voraussetzung für diese Loyalität. Im Zeitraum von 1951 bis 1956/57 dominierte auf deutschlandpolitischem Gebiet nicht die Rechtsprechung, sondern die Poli-

466) Vergl. zu diesen beiden Komponenten der Legitimation Rammstedt PVS Sonderheft 7/1976 S. 112.
467) So etwa Jaspers "Freiheit und Wiedervereinigung" S. 35 ff.
468) Oben S. 91.

tik; oder - um die nicht stringente, aber einprägsame Formulierung Carl Schmitts zu verwenden -: Die Politik wurde nicht juridifiziert, sondern die Justiz politisiert. Diese Dominanz der Politik führte in Verbindung mit dem Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts, auch politische Streitfragen per Urteil zu entscheiden, sowohl zur nachträglichen Setzung von Verfassungsnormen als auch zur Entwicklung des judicial self-restraint.

Der offenkundige Einfluß der Politik auf die Justiz wurde allerdings nicht recht wahrgenommen; paradoxerweise wohl deshalb, weil sie sich entweder in Übereinstimmung mit allen politischen Kräften befand oder aber zumindest der Mehrheit folgte, d.h. weil die Justiz nur das aussprach, was ohnehin allgemein für selbstverständlich und richtig gehalten wurde. An dieser Feststellung, daß die Politik das Recht dominierte, ändert auch nichts die Tatsache, daß sich die Politik im wesentlichen im Vertreten von Rechtsstandpunkten erschöpfte. Dieses Phänomen der westdeutschen Deutschlandpolitik war unabhängig vom Bundesverfassungsgericht und ist allein aus der deutschen Rechtstradition zu erklären, das Beharren auf Rechtspositionen zu einem Wert an sich zu machen und - was entscheidender ist - mit Politik zu verwechseln.[469] Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verstärkte diese Tendenz zur legalistischen Politik nur und trug wesentlich zur Tabuisierung der westdeutschen Rechtsstandpunkte bei.

In der ersten Phase der deutschlandpolitischen Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht also keine eigenen gestalterischen Initiativen entwickelt. Es hat nur das nachvollzogen, was an anderer Stelle bereits entschieden worden war. Es ist daher zutreffend, wenn festgestellt wird, das Gericht habe die materielle Entscheidung über die Außenpolitik dort belassen, wo sie hingehört, nämlich in die Zuständigkeit der

469) Ebenso Ellwein "Innenpolitische Voraussetzungen und Schwierigkeiten der Deutschlandpolitik" S. 96. Vergl. im übrigen unten S. 347 ff.

gesetzgebenden Körperschaften und der Bundesregierung.[470] Aber genauso deutlich muß festgehalten werden, daß die politischen Vorstellungen durch die Übernahme auf die Ebene des Verfassungsrechts eine besondere Qualität erhielten, die darin bestand, daß in der Folgezeit die einmal eingenommenen deutschlandpolitischen Positionen so gut wie keiner Veränderung mehr zugänglich waren. Angesichts dieser Langzeitwirkung der deutschlandpolitischen Rechtsprechung scheint das pauschale Urteil, das Gericht habe sich bei Verfahren mit außenpolitischem Bezug erkennbare Zurückhaltung auferlegt[471], zu weit zu gehen. Das trifft zwar auf die Verfahren im Zusammenhang mit der EVG und dem Saarabkommen zu; in diesen Verfahren wurden die westdeutschen Rahmenbedingungen einer Deutschlandpolitik aber nicht festgeschrieben, so daß die dort geübte Zurückhaltung wenig aussagekräftig sein konnte.

Wie die Praxis zeigte, hat das Bundesverfassungsgericht die in diesen Verfahren praktizierte Enthaltsamkeit in politischen Fragen leider nicht durchgehalten, obwohl doch die richterliche Tugend Zurückhaltung gegenüber dem politischen Treiben der Stunde geboten hätte. Das Bundesverfassungsgericht ließ vielmehr außer acht, daß seine Stellungnahmen kaum korrigierbar sind, politische Zielsetzungen und Forderungen jedoch jederzeit eine Änderung erfahren können. Das bedeutet konkret für die Deutschlandpolitik: Während im ersten Nachkriegsjahrzehnt zumindest theoretisch eine Änderung der deutschlandpolitischen Prämissen möglich gewesen ist, schien das nunmehr ausgeschlossen zu sein. Was kurzfristig wie geschicktes Taktieren des Bundesverfassungsgerichts aussah, sollte sich langfristig als schwerwiegendes Hindernis sowohl für die westdeutsche Politik als auch für das Bundesverfassungsgericht selbst herausstellen. Aus dem Primat der Politik mußte wegen der Unumstößlichkeit verfassungsgerichtlicher Urteile fast zwangsläufig der Primat des durch das Bundesverfassungsgericht

470) Billing "Bundesverfassungsgericht und Außenpolitik" S. 162
471) Billing ebenda, Martin aaO S. 22

geschaffenen Rechts werden. Der Grundstein hierzu ist bereits 1956/57 gelegt worden, weil das Gericht Verfassungssätze nicht in die politische Wirklichkeit hineingestellt hat, d.h. dem politischen Sinngehalt der Verfassung gerecht geworden ist, sondern weil es aus der politischen Wirklichkeit Verfassungssätze entwickelt hat.[472)]

---

472) Das Bundesverfassungsgericht selbst hatte diese Art der Rechtsfindung noch 1953 im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung über seine Denkschrift als nicht zulässig verworfen; vergl. JöR Band 6 S. 200.

C. Doppelte Kontinuität

I.Politischer Stillstand

Das Frühjahr 1955 markiert nicht nur in der europäischen Nachkriegsgeschichte, sondern auch in der Deutschlandpolitik eine wichtige Zäsur. Mit der Integration Westdeutschlands in die NATO und der Einbindung Ostdeutschlands in den Warschauer Pakt war der Einflußbereich der Vereinigten Staaten und der Sowjetunion in Europa in den Augen der Siegermächte endgültig abgesteckt. Damit verlor aber auch die Frage der Wiedervereinigung Deutschlands sowohl für die Sowjetunion als auch für die Westmächte den bis dahin auch von ihnen anerkannten politischen Stellenwert. Zwar hatten sich die Westalliierten noch im Deutschlandvertrag verpflichtet, die Bundesregierung in ihrem Bemühen um die Wiedervereinigung Deutschlands zu unterstützen, jedoch zeigten sie in der Folgezeit wenig Interesse an einer Fortsetzung des Kalten Krieges. Die aus der Sicht der Westmächte erfolgte Konsolidierung des Status quo nach dem Zweiten Weltkrieg erforderte nach ihrer Einschätzung vielmehr notwendigerweise die Suche nach einem politischen Modus vivendi mit der Sowjetunion.

Ob diese Haltung der Westmächte die These rechtfertigt, daß der Beginn der Entspannungspolitik zwischen West und Ost bereits im Jahre 1955 anzusetzen ist[1], erscheint angesichts der zu diesem Zeitpunkt noch bevorstehenden Berlin- und Kuba-Krise zweifelhaft. Nicht zu bestreiten ist allerdings, daß unmittelbar nach Einfügung der beiden deutschen Teilstaaten in das jeweilige Hegemonialsystem die Frage der Sicherheit und Abrüstung in Europa mehr und mehr in den Vordergrund der West-Ost-Politik trat.[2] Diese Verschiebung der weltpolitischen Prioritäten tangierte wiederum die Deutschlandpolitik

1) So Czempiel PuZ 1977 B 37 S. 7.
2) Vergl. dazu Jansen "Abrüstung und Deutschland-Frage" S. 97 ff.

Adenauers in ihrer Substanz; denn Sicherheit und Abrüstung Zielen auf die Stabilisierung der politischen Verhältnisse ab, d.h. ein auf Europa beschränktes, regionalisiertes Sicherheits- und Abrüstungssystem hätte die Beibehaltung des Status quo und damit den Fortbestand der Teilung Deutschlands bedeutet. Eine solche Anerkennung des Status quo war jedoch schwerlich mit dem erklärten Ziel Adenauers in Übereinstimmung zu bringen, die Sowjetunion aufgrund der militärischen Überlegenheit des Westens zum Nachgeben in der deutschen Frage zu zwingen. Darüber hinaus hätte eine regional begrenzte Rüstungsbeschränkung und -kontrolle die gerade erst erreichte Integration Westdeutschlands in Westeuropa gefährden müssen, in Adenauers Augen eine der Voraussetzungen zur Sicherung der Freiheit Westdeutschlands.[3)]

Vor dem Hintergrund des Interessengegensatzes zwischen den Westmächten und der Bundesregierung konnte es aus westdeutscher Sicht zunächst nur darum gehen, eine Einigung der Siegermächte auf Kosten der Lösung der deutschen Frage zu verhindern. Diesem Ziel diente das von der Bundesregierung aufgestellte Junktim zwischen Sicherheitssystem und Wiedervereinigung, das im Jahre 1956, als die Frage der Rüstungsbeschränkung immer mehr Gewicht gewann[4)], auf die Abrüstung ausgedehnt wurde. Nachdem es einige Monate lang vornehmlich geheißen hatte, daß Voraussetzung für die Wirksamkeit des Sicherheitssystems die Wiedervereinigung Deutschlands sei[5)], wurde nunmehr festgestellt, "daß Abrüstungsverhandlungen allein nicht genügen, um den gefährlichen Spannungszustand zu beseitigen, dessen sichtbarster Ausdruck die widernatürliche Spaltung Deutschlands ist". Die Bundesregierung habe immer wieder erklärt, "daß die Wiedervereinigung und die Errichtung eines alle Staaten befriedigenden Sicherheitssystems überhaupt erst ein aussichtsreiches Gespräch über die Abrüstung ermöglichen werden"[6)].

---

3) Haftendorn "Abrüstungs- und Entspannungspolitik zwischen Sicherheitsbefriedigung und Friedenssicherung" S. 33 ff
4) Jansen aaO S. 118 ff
5) Bulletin 1955 S. 889, Adenauer "Erinnerungen 1955 - 1959" S. 31 ff
6) "Dokumente zur Deutschlandpolitik" II S. 237 f (Dritte Reihe)

Wenn unter den Westmächten bisweilen auch die Neigung zu spüren war, die Fragen der Abrüstung und der Entspannung unabhängig von der Wiedervereinigung Deutschlands einer Lösung zuzuführen[7], so hielten sie schließlich doch bis 1959 aus Rücksicht auf den westdeutschen Partner an dem Junktim und dem traditionellen Wiedervereinigungskonzept Westdeutschlands fest, dessen Kern die Forderung nach freien Wahlen in ganz Deutschland - mit der Erwartung des Anschlusses Ostdeutschlands an das im Westen integrierte Westdeutschland[8] - bildete. Der aus den sich widerstreitenden Interessen der Westmächte und der Bundesregierung resultierende Kompromiß in Form des Junktims einerseits, die Forderung der Sowjetunion andererseits, vor Aufnahme von Verhandlungen zur Lösung der deutschen Frage zunächst Ostdeutschland als Staat anzuerkennen und die Wiedervereinigung dann den beiden deutschen Staaten zu überlassen, wobei "die DDR ihre demokratischen und sozialen Umgestaltungen nicht antasten"[9] lassen werde - tatsächlich also weniger an eine Wiedervereinigung als an eine Konföderation gedacht war[10] -, führten allerdings zwangsläufig zum Verhandlungspatt, das sowohl das Scheitern der Genfer Konferenz von 1955 als auch von 1959 zur Folge hatte.[11] Damit hatte die westdeutsche Strategie, alles zu vermeiden, was die Anerkennung des Status quo bedeuten würde, zwar Erfolg. Diese Strategie war aber zugleich Ausdruck einer lediglich defensiven Deutschlandpolitik, deren Aufgabe es eben nur war, etwas zu verhindern, angesichts des Gegensatzes zwischen Ost und West in der Frage der Wiedervereinigung Deutschlands jedoch keinen Beitrag zur Überwindung der Teilung sein konnte.

---

7) Das gilt vor allem für die Briten und Franzosen, wie z.B. der Inspektionsplan des britischen Premiers Eden aus dem Jahr 1955 sowie die Vorstellungen des französischen Ministerpräsidenten Mollet aus dem Jahr 1956 zeigen; vergl. "Dokumentation zur Deutschlandfrage" I S. 338 f, "Dokumente zur Deutschlandpolitik" II S. 230 f.

8) In der Begründung des auf der Genfer Konferenz 1955 vorgelegten modifizierten Eden-Plans für die Wiedervereinigung wurde diese Erwartung expressis verbis ausgedrückt: "Die Schlußphase (der Wiedervereinigung) würde eintreten, wenn ein wiedervereinigtes Deutschland sich entscheidet, der Nato und der Westeuropäischen Union beizutreten." Vergl. "Dokumentation zur Deutschlandfrage" I S. 397.

9) "Dokumentation zur Deutschlandfrage" I S. 430

10) Der Konföderationsgedanke wurde von östlicher Seite seit der Jahreswende 1956/57 offiziell propagiert; vergl. "Dokumentation zur Deutschlandfrage" I S. 583.

11) Vergl. dazu Körner "Die alliierten Deutschlandkonferenzen" S 580 ff.

Einen solchen Beitrag stellten auch weder Adenauers im Wege der Geheimdiplomatie unterbreiteter Österreich-Plan und Globke-Plan[12] noch die von der oppositionellen SPD und FDP jeweils vorgelegten Deutschlandpläne dar. Wohl signalisierten alle diese Pläne mehr Konzessionsbereitschaft als die offiziellen Verlautbarungen der Bundesregierung - die Pläne von SPD und FDP aus den Jahren 1957 bzw. 1958 nahmen ausdrücklich von einer Westbindung eines wiedervereinigten Deutschlands Abstand[13], die Pläne des Jahres 1959[14] wie auch Adenauers Initiative legten mindestens für eine Übergangszeit die Existenz zweier deutscher Regierungen bzw. Staaten zugrunde -, sie ließen jedoch die in der Zwischenzeit von der Sowjetunion und Ostdeutschland bezogenen Positionen außer acht und mußten daher Makulatur bleiben. Denn während 1957 auf östlicher Seite die Zweistaatentheorie galt, jedem Wiedervereinigungsgespräch also die vorbehaltlose Anerkennung des ostdeutschen Staates hätte vorangehen müssen, war man 1959 bereits einen Schritt weitergegangen und propagierte nunmehr die Dreistaatentheorie.[15] Mit anderen Worten: Alle Versuche, die offizielle, rein defensive Deutschlandpolitik der Bundesregierung zu überwinden, hinkten den Forderungen der östlichen Seite stets hinterher. Vor dem Hintergrund des spätestens seit Beginn der Berlin-Krise 1958 öffentlich kundgetanen Desinteresses der Sowjets an einer Wiedervereinigung waren diese Pläne von vornherein zum Scheitern verurteilt.

Äußeres Kennzeichen der total verhärteten Fronten war die Errichtung der Berliner Mauer, mit der der Schlußpunkt unter die Berlin-Krise der Jahre 1958 und 1961 gesetzt wurde. Da die von den Westmächten kurz zuvor formulierten drei Essentials - Präsenz der Westmächte und ihrer Truppen in West-Berlin, freier Zugang zur und Lebensfähigkeit der Stadt[16] -

12) Oben S. 94.
13) "Dokumentation zur Deutschlandfrage" I S. 650 ff und 744 f
14) aaO S. 980 ff und 986 ff
15) Vergl. die Note der Sowjetregierung vom 27. November 1958 an die drei Westmächte; aaO S. 819 ff.
16) Vogelsang "Das geteilte Deutschland" S. 252

hierdurch nicht berührt wurden, sahen sie keinen Anlaß zum Eingreifen. Das atomare Patt zwischen den beiden Großmächten sowie die nach dem Scheitern der Genfer Konfernz 1959 gewonnene Einsicht, daß Abrüstung und Entspannung unter Ausschluß der deutschen Frage in Angriff genommen werden müßten, trugen zu der nüchternen Beurteilung der Westmächte bei, nach der die Errichtung der Mauer lediglich ein weiterer Schritt zur Zementierung des Status quo war. Zwar hatten sie auch nach dem Scheitern der Genfer Konferenz 1959 verbal weiterhin die Forderung Westdeutschlands nach Wiedervereinigung sowie dessen Alleinvertretungsanspruch unterstützt[17], jedoch exponierten sie sich dafür in keiner Weise; vielmehr lösten sie statt dessen das Junktim zwischen Entspannung, Abrüstung und Wiedervereinigung auf, um so den Weg zu internationalen Abkommen über Rüstungsbeschränkungen zu öffnen.[18]

Die kompromißlose sowjetische Deutschlandpolitik trug wesentlich dazu bei, daß die defensive Haltung der Bundesregierung bis zum Beginn der 60er Jahre kaum Kritik erfuhr; mit Ausnahme der deutschlandpolitischen Vorstöße von SPD und FDP im Jahre 1959, die schnell wieder in der Versenkung verschwanden, bestand - wie nicht zuletzt durch die Rede Herbert Wehners am 30. Juni 1960 im Bundestag unterstrichen wurde[19] - zwischen Opposition und Regierung Übereinstimmung darin, die bisher vertretenen Grundsätze nicht aufzugeben, d.h. Ostdeutschland weder als Staat noch als Ausland anzuerkennen und die Wiedervereinigung letztlich durch einen freien Entscheid des gesamten deutschen Volkes herbeizuführen.[20] Darüber hinaus wurden die Bindungen zwischen Westdeutschland und West-Berlin nach der Berlin-Debatte des Jahres 1956/57 nicht nur immer umfassender - was in der zunehmenden Bundespräsenz in West-Berlin seinen Ausdruck fand[21] -, sondern führende Repräsentanten und Regierungsmitglieder der CDU/CSU

17) Vergl. etwa das Kommuniqué des Ministerrats der NATO nach der Tagung am 4. Mai 1960, "Dokumentation zur Deutschlandfrage" II S. 433.
18) Niclauß "Kontroverse Deutschlandpolitik" S. 23 ff
19) BT, 3. WP, 122. Sitzung S. 7055 ff
20) So z.B. die Entschließung des Bundestages vom 1. Oktober 1958, BT, 3. WP, 41. Sitzung S. 2427.
21) Hennig aaO S. 63 ff

ließen es nunmehr auch an der verbalen Zurückhaltung fehlen, die Adenauer zeit seines Lebens gepflegt hatte. So sprach Außenminister von Brentano davon, "daß ungeachtet der staats- und verfassungsrechtlichen Konstruktion Berlin ein integraler Bestandteil des freien Deutschlands ist"[22], und Wirtschaftsminister Erhard stellte 1960 in West-Berlin fest, "ob es Herrn Ulbricht paßt oder nicht, ich stehe hier auf dem Boden der Bundesrepublik"[23]. Bundestagspräsident Gerstenmaier schließlich hatte, als es 1959 um die Einberufung der Bundesversammlung nach West-Berlin ging, ausdrücklich auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1957 Bezug genommen, die für ihn verpflichtend und nach der Berlin ein Land der Bundesrepublik sei.[24] Den Forderungen der Sowjetunion und Ostdeutschlands wurden also die bekannten Positionen Westdeutschlands entgegengestellt; beides war für die jeweils andere Seite nicht akzeptabel.

Die einzige deutschlandpolitische Aktivität auf westdeutscher Seite, die bis zum Bau der Mauer nennenswerten Erfolg hatte, war somit die Praktizierung der Hallstein-Doktrin. Sie hatte allerdings auch nur eine Abwehrfunktion ähnlich dem Junktim zwischen Entspannung, Abrüstung und Wiedervereinigung und war damit ebenfalls Ausdruck des Stillstandes in der Deutschlandpolitik. Am Ende des Jahres 1961 hatte die Deutschlandpolitik der Bundesregierung einen Tiefpunkt der Hoffnungslosigkeit erreicht. Mehr noch: Das Festhalten der Bundesregierung an der Identitätstheorie und Kontinuitätsthese, deren negative Kehrseite die von allen Parteien getragene Nichtanerkennung Ostdeutschlands als Staat war, beinhaltete vor dem Hintergrund der Abrüstungs- und Entspannungsbemühungen für Westdeutschland die Gefahr, in der Rolle des "Kalten Kriegers" isoliert zu werden. Angesichts der Hoffnungslosigkeit und der drohenden

22) BT, 3. WP, 87. Sitzung S. 4683. Wie doppeldeutig demgegenüber Adenauers Haltung war bzw. blieb, zeigt seine Bezugnahme auf die Ausführungen von Brentanos: "Herr von Brentano hat längere Ausführungen über unseren Standpunkt bezüglich Berlin gemacht. Ich kann mich daher kurz fassen und sagen - ... -, daß die jetzige Rechtslage, der jetzige Rechtsstatus Berlins nicht beeinträchtigt werden darf, ehe die ganze deutsche Frage wirklich gelöst werden kann." BT, 3. WP, 99. Sitzung S. 5395.

23) Bulletin 1960 S. 1658

24) "Dokumentation zur Deutschlandfrage" II S. 247

Isolierung schien eine Revision des traditionellen deutschlandpolitischen Konzeptes nur noch eine Frage der Zeit zu sein, das vor allem auch deshalb, weil internationale Blockademaßnahmen, wie sie die Hallstein-Doktrin darstellte, nur einen begrenzten Zeitraum Wirkung zu entfalten vermögen und in dem Moment an Effektivität einbüßen, in dem ihre Erfolglosigkeit offenkundig wird.[25] Der Bau der Mauer war in bezug auf das traditionelle westdeutsche Wiedervereinigungskonzept ohne Zweifel das sichtbarste Zeichen dieser Erfolglosigkeit. Die Staatlichkeit Ostdeutschlands mochte verbal bestritten, in der politischen Praxis konnte sie immer weniger aus dem Bewußtsein verdrängt werden.

Der Schock der Berliner Mauer führte in Westdeutschland zwar nicht unmittelbar zu einer grundlegenden inhaltlichen Revision der Deutschlandpolitik, wohl aber zu einer Änderung in der Methode, vor allem aber zu einer außerparlamentarischen Diskussion über die Zukunft Deutschlands. Während die retardierenden Kräfte in der CDU/CSU, allen voran ihr Fraktionsvorsitzender von Brentano, die bisherige Politik der Wahrung des Rechtsstandpunktes, der Proklamation des Zieles der Wiedervereinigung und damit des Abwartens fortzusetzen gedachten[26], versuchte der neue Außenminister Schröder, für den westdeutsche Außenpolitik letztlich immer Wiedervereinigungspolitik war[27], das Ziel der Wiedervereinigung mit einer Politik der Bewegung zu erreichen, wobei er von der FDP und SPD nach Kräften unterstützt wurde.[28] Da die Politik der Stärke offensichtlich nicht zu dem gewünschten Ergebnis geführt hatte, sollte das Ziel eines wiedervereinigten Deutschlands jetzt durch eine Isolierung Ostdeutschlands im Ostblock erfolgen. Eine Politik des friedlichen Engagements gegenüber Osteuropa in wirtschaftlicher, kultureller und schließlich auch politischer Hinsicht sollte Ostdeutschland

25) End aaO S. 45 ff; vergl. auch Pfeiler DA 1972 S. 1033.
26) BT, 4. WP, 6. Sitzung S. 69 ff sowie 92. Sitzung S. 4249 ff
27) "Die Bemühungen der deutschen Regierung und ihrer Verbündeten um die Einheit Deutschlands 1955 - 1966" S. 6
28) Vergl. Niclauß aaO S. 42 ff.

auf der Landkarte Europas zu einem Anachronismus werden lassen und auf diese Weise das Interesse des Ostblocks an Deutschland aushöhlen.[29] Um dieses Ziel zu erreichen, war Schröder bereit, Entspannung auch ohne Fortschritte in der Frage der Wiedervereinigung zu praktizieren, vor allem die Hallstein-Doktrin aufzugeben, von der er öffentlich äußerte, "für nichts passen doktrinäre Sätze schlechter als für die auswärtige Politik"[30].

Mit dieser Bewertung der Hallstein-Doktrin vermochte sich Schröder aber weder in der Regierung Erhard noch in der CDU/CSU-Fraktion durchzusetzen mit der Folge, daß in den Jahren 1963 und 1964 unterhalb der Ebene diplomatischer Beziehungen zwar Handelsabkommen mit Polen, Rumänien, Ungarn und Bulgarien geschlossen wurden, sich damit aber auch die "Zweizangentheorie"[31] letztlich als nicht in die Praxis umsetzbar erwies. Wie sehr Schröders Spielraum in Richtung Osten durch die eigene Fraktion eingeengt wurde, machte nicht zuletzt die Auseinandersetzung um die Berlin-Klausel im Jahr 1965 deutlich. Als die Tschechoslowakei die Einbeziehung West-Berlins in ein Handelsabkommen ablehnte, die bei den anderen vier Ostblockländern mit der bei solchen Abkommen üblichen Formel erfolgt war - "Anwendungsgebiet des Vertrages ist das Währungsgebiet der DM-West"[32] -, erwog Schröder, durch einen allgemeinen Berlin-Vorbehalt, der West-Berlin als Bestandteil Westdeutschlands deklarierte[33], die Aufnahme einer Berlin-Klausel bei zukünftigen Abmachungen mit osteuropäischen Staaten

---

29) Theoretisch begründet hatte dieses Konzept Brzezinski, vergl. "Deutsche Einheit durch europäische Verflechtung" S. 99 ff.

30) BT, 4. WP, 183. Sitzung S. 9164. Unzutreffend ist in diesem Zusammenhang die Darstellung Bessons, daß Schröder diese Äußerung als Antwort "auf die besorgte Frage des Freiherrn von Guttenberg über die Zukunft der Hallstein-Doktrin" gemacht habe. Vielmehr war die Feststellung Schröders eine Bestätigung des Abg. Krümmer (FDP), der in der Außenpolitik "eine Beweglichkeit in den politischen Mitteln" gefordert hatte. Vergl. ebenda und Besson aaO S. 311.

31) Besson aaO S. 313

32) Vergl. Zieger aaO S. 39

33) Die Initiative Schröders wurde aufgrund einer Indiskretion vorzeitig bekannt; vergl. "Rheinischer Merkur" vom 9. Juli 1965.

generell unnötig zu machen. Dieses in Aussicht genommene Abweichen von der bisherigen Übung barg allerdings die Gefahr in sich - zumal ein allgemeiner Berlin-Vorbehalt dritte Staaten nicht binden konnte -, als ein Zurückweichen vor der These des Ostblocks, West-Berlin sei eine selbständige politische Einheit, interpretiert zu werden.[34] Da inzwischen aber auch die CDU/CSU mehrheitlich in West-Berlin einen Bestandteil Westdeutschlands sah, hatte dieser Plan keine Chance auf Realisierung.[35]

Schröders in Gang gesetzte Öffnung nach Osten blieb auf halber Strecke wegen innerer Widerstände stecken, in gleichem Maße aber auch wegen des Widerspruchs, mit alten Ansprüchen eine neue Politik machen zu wollen; denn nur die Hallstein-Doktrin, nicht aber den Alleinvertretungsanspruch und die These vom Fortbestand des gesamtdeutschen Staates in den Grenzen von 1937, wie seine Kritiker ihm unterstellten, war er zu opfern bereit.[36]

Die rein statische Haltung in der deutschen Frage erfuhr weder unter der Regierung Erhard noch während der Großen Koalition eine wesentliche Änderung. Mag Erhard in seiner Friedensnote vom 25. März 1966[37] den Willen Westdeutschlands zur Mitarbeit an Abrüstungs- und Entspannungsmaßnahmen mit Blick auch auf die osteuropäischen Staaten sowie die Bereitschaft zum Austausch von Gewaltverzichtserklärungen mit allen Staaten bekundet haben, die daran interessiert seien, insbesondere mit der Sowjetunion, Polen und der Tschechoslowakei; mag Kiesinger

---

34) So Graf Huyn "Die Sackgasse" S. 305 ff.

35) Im übrigen hatten auch die Westmächte Bedenken angemeldet, da die in Aussicht genommene generelle Berlin-Klausel ihrer Auffassung widersprach, daß West-Berlin nicht zu Westdeutschland gehöre. Während die eine Seite Schröder also die Preisgabe West-Berlins vorwarf, sahen die Westmächte in Schröders Initiative genau das Gegenteil. Vergl. "Der Spiegel" vom 21. Juli 1965.

36) Schröders Politik wurde daher in überspitzter Form auch als Übergang "von der älteren zur jüngeren Hallstein-Zeit" gekennzeichnet; vergl. Brandt "Begegnungen und Einsichten" S. 124.

37) "Die Bemühungen der deutschen Regierung und ihrer Verbündeten um die Einheit Deutschlands 1955 - 1966" S. 559 ff

in seiner Regierungserklärung vom 13. Dezember des-selben Jahres[38] noch einen Schritt weiter-gegangen sein und den osteuropäischen Staaten die Herstellung diplomatischer Beziehungen angeboten haben - eine Anerkennung Ostdeutschlands wurde von beiden ebenso ausgeschlossen wie des weiteren ausdrücklich der Fortbestand Deutschlands in den Grenzen von 1937 postuliert wurde. Und wenn auch die Offerte der Großen Koalition Westdeutschland in der Frage der Entspannungspolitik aus der Defensive in die Offensive gebracht und zur Aufnahme diplomatischer Beziehungen mit Rumänien und Jugoslawien geführt hat - was auch in der Praxis die endgültige Aufgabe der Hallstein-Doktrin bedeutete, nachdem sie in der Nahostkrise Anfang 1965 bereits nachhaltig konterkariert worden war[39] -, so war sie vor dem Hintergrund der Beibehaltung der Nichtanerkennungspolitik auf westdeutscher Seite und der unverändert aufrecht-erhaltenen Forderung auf sowjetischer und ostdeutscher Seite nach völkerrechtlicher Anerkennung Ostdeutschlands - untermauert durch die Karlsbader Beschlüsse der kommunistischen Parteien Europas am 26. April 1967[40] - doch nicht in der Lage, den Stillstand in der Deutschlandpolitik zu beenden. Wie vordem Schröder blieb nunmehr der SPD, die als kleinerer Koalitionspartner der eigentliche Motor der weiteren Öffnung nach Osten war, die bittere Erkenntnis nicht erspart, daß das Ziel der Wiedervereinigung durch das Mittel der Politik der Bewegung nicht nur nicht erreichbar war, sondern auf lange Sicht ein nicht zu verwirklichender Wunsch bleiben mußte.

Daß sich die Regierungen Erhard und Kiesinger schwertaten, die seit über einem Jahrzehnt benutzte Formel von der Wiedervereinigung in Frieden und Freiheit aufzugeben, wird verständlich, wenn man sich vor Augen hält, was das Auswärtige Amt noch 1966 verkündete: "Die bisherige Politik hat noch nicht zum Erfolg geführt. Aber der Weg, den die Bundesrepublik

38) BT, 5. WP, 80. Sitzung S. 3656 ff
39) Vergl. End aaO S. 53 f.
40) "Dokumentation zur Deutschlandfrage" IV S. 567

Deutschland und ihre Verbündeten eingeschlagen haben, ist der richtige. Er muß weitergegangen werden."[41] Die Diskrepanz zwischen Anspruch und Wirklichkeit konnte durch solche Sätze allerdings nicht überbrückt werden, so daß es im nachhinein als zwangsläufige Konsequenz erscheinen muß, daß nach dem Bau der Mauer dort verstärkt über eine Alternative zur bisherigen Deutschlandpolitik diskutiert wurde, wo sich der Druck zur politischen Kontinuität nicht auswirkte, nämlich im außerparlamentarischen Bereich. Golo Mann etwa nahm im Jahre 1962 die vorher schon von Eschenburg[42] und Jaspers[43] gemachte Anregung auf, auf den Alleinvertretungsanspruch zu verzichten und Ostdeutschland als Staat anzuerkennen, um auf diese Weise die selbst verordnete Handlungsunfähigkeit Westdeutschlands in Richtung Osteuropa zu beenden.[44]

Solche Stimmen waren zunächst zwar nur vereinzelt zu hören, aber das änderte sich im Laufe der nächsten Jahre: Bahrs Tutzinger Rede[45], die Denkschrift der evangelischen Kirche in Deutschland zur Lage der Vertriebenen, Theo Sommers "Denken an Deutschland", Wilhelm Wolfgang Schütz' "Deutschland-Memorandum" sowie eine Studie des Politischen Clubs über Ziele, Bedingungen und Strategien einer aktiven Deutschlandpolitik[46] - alle diese Überlegungen gingen von der Anerkennung des Status quo aus, um auf dieser Grundlage, d.h. bei Anerkennung Ostdeutschlands als Staat und Respektierung der Oder-Neiße-Grenze ein weiteres Auseinanderleben des deutschen Volkes zu verhindern und ein friedliches Zusammenleben mit Ostdeutschland und den Nachbarvölkern im Osten zu ermöglichen.

Diese öffentliche Diskussion der deutschen Frage bewirkte schließlich nicht nur einen Wandel der öffentlichen Meinung, sondern trug auch dazu bei, daß in der Endphase der Großen Koalition sowohl die FDP als Oppositionspartei wie die Regierungspartei SPD, wenn auch behutsam, die offizielle Linie

41) "Die Bemühungen der deutschen Regierung und ihrer Verbündeten um die Einheit Deutschlands 1955 - 1966 " S. 5
42) "Die Zeit" vom 30. Januar 1959
43) "Freiheit und Wiedervereinigung" S. 33 ff
44) "Die Zeit" vom 21. September 1962
45) "Die deutsche Ostpolitik 1961 - 1970" S. 45 ff
46) DA 1969 S. 384 ff

der Regierung aufgaben. Während sich noch 1964 weniger als 10 % der westdeutschen Bevölkerung für die Anerkennung Ostdeutschlands als Staat ausgesprochen hatten, waren es 1968 bereits fast 30 %, und während sich 1965 noch 47 % für die Wiedervereinigung als oberstes Ziel der westdeutschen Politik bekannten, waren es schon 1967 nur noch 18 %.[47] Sicherlich hatte die wirtschaftliche Rezession der Jahre 1966/67 ihren Anteil an dem Wandel der Einstellung der westdeutschen Bevölkerung zur Frage der Wiedervereinigung - bekanntlich sitzt einem das Hemd näher als der Rock -, entscheidend aber war, daß nicht Regierung und Parteien die politische Meinungsbildung bestimmten, sondern die Presse und die sogenannten opinionmakers[48], die nicht länger an Wunder in der Deutschlandpolitik zu glauben bereit waren; oder wie Helmut Schmidt 1966 konstatierte: Im Zusammenhang mit der deutschen Frage wurde "über Grundkonzept und Ansatzmöglichkeiten außerhalb der Bundesregierung sichtbar mehr nachgedacht und auch diskutiert als innerhalb"[49].

SPD und FDP zogen aus dieser Feststellung die einzig mögliche Konsequenz und überdachten ihrerseits ihre bisher eingenommenen Positionen. Ergebnis dieser Überprüfung war die Bekundung ihrer Bereitschaft, auf den Alleinvertretungsanspruch zu verzichten sowie die Oder-Neiße-Grenze bis zu einer friedensvertraglichen Regelung anzuerkennen.[50] Unklar blieb hingegen ihre Haltung zur Anerkennung Ostdeutschlands. Wohl waren beide Parteien bereit, Verträge mit Ostdeutschland abzuschließen, um ein "qualifiziertes, geregeltes und zeitlich begrenztes Nebeneinander"[51] der beiden deutschen Territorien zu erreichen; da Ostdeutschland andererseits aber für beide Parteien kein Ausland war, lehnten sie eine völkerrechtliche Anerkennung strikt ab.[52] Immerhin genügten diese Positionsänderungen der CDU/CSU,

---

47) "Jahrbuch der öffentlichen Meinung 1965 - 1967" S. 387, Schweigler "Nationalbewußtsein in der BRD und der DDR" S. 121 ff

48) Vergl. die bei Wilhelm Wolfgang Schütz "Deutschland-Memorandum" S. 30 ff abgedruckten Kommentare.

49) Parteitag der SPD 1966, Protokoll der Verhandlungen S. 448

50) Parteitag der SPD 1968, Protokoll der Verhandlungen S. 91 ff und 250; Wahlplattform der FDP, AdG 1969 S. 14829.

51) So Willy Brandt auf dem SPD-Parteitag 1966, Protokoll der Verhandlungen S. 80.

52) Parteitag der SPD 1968, aaO S. 1033; BT, 5. WP, 186. Sitzung S. 10123 (Antrag der FDP).

die Ostdeutschland nach wie vor mit Begriffen wie "Gebilde" oder "Phänomen" bedachte, um von der "Anerkennungspartei" all derer zu sprechen, die die bisher von allen Parteien getragene Deutschlandpolitik ernsthaft gefährdeten.[53] Gerade diese Gefährdung erfolgte paradoxerweise nicht; denn die Parteien, die die Große Koalition bildeten, hielten bis zur Bundestagswahl 1969 formal an ihrer bekannten Deutschlandpolitik fest, wofür sowohl das Scheitern der Kontakte zwischen dem ostdeutschen Ministerpräsidenten Stoph und Bundeskanzler Kiesinger im Jahre 1967[54] als auch die Entschließung des Bundestages vom 26. September 1968[55] Beweis waren. Danach blieben Eckpfeiler westdeutscher Außen- und Deutschlandpolitik der Alleinvertretungsanspruch, die Nichtanerkennung Ostdeutschlands als Staat sowie - mit ausdrücklicher Bezugnahme auf den Deutschlandvertrag - das Streben nach Wiedervereinigung. Die SPD beugte sich der Koalitionsräson in der Hoffnung, daß der Wandel der öffentlichen Meinung in der bevorstehenden Wahl bei ihr zu Buche schlagen würde.

Adenauer, Erhard und Kiesinger konnten als Positivposten ihrer Deutschlandpolitik vorweisen, die deutsche Frage offengehalten zu haben, von den einmal erhobenen Ansprüchen und Forderungen trotz aller Pressionen und trotz aller Aussichtslosigkeit auf Erfolg nicht abgewichen zu sein. Das war jedoch nur die eine Seite der Medaille; denn da es in der internationalen Politik bei sich widerstreitenden Rechtsauffassungen weniger auf das Rechthaben als vielmehr auf die machtpolitische Durchsetzbarkeit der jeweiligen Ansprüche ankommt, war die deutsche Frage eben nur unter juristischem Aspekt weiterhin offen. Politisch hingegen war sie insoweit entschieden, als spätestens im Jahre 1969 die Zweiteilung Deutschlands ein nicht mehr zu leugnendes Faktum war.[56] Ursächlich für diesen Negativposten

53) Vergl. den Bericht der SZ vom 10. Oktober 1967 über die Ausführungen Bundeskanzler Kiesingers vor dem Bundesvorstand und Bundesausschuß der CDU.

54) Löwenthal aaO S. 675 f

55) BT, 5. WP, 186. Sitzung S. 10121 f. Bezeichnenderweise erwähnt Willy Brandt diese Entschließung des Bundestages in seiner Schilderung der "Ostpolitik" während der Großen Koalition nicht, so daß der unrichtige Eindruck entsteht, schon während dieser Zeit sei die Bundesregierung von den bekannten Positionen abgerückt; vergl. "Begegnungen und Einsichten" S. 219 ff.

56) Auf das Verdienst Adenauers, die deutsche Frage offengehalten zu haben, weist insbesondere Schwarz hin, ohne allerdings zwischen juristischem und politischem Aspekt zu unterscheiden;vergl. PM 1975 Heft 163 S. 50.

war nicht zuletzt der Immobilismus, der zwanzig Jahre lang auf westdeutscher Seite Richtschnur der Deutschlandpolitik war. Nach der Integration Westdeutschlands in Westeuropa war nicht die Wiedervereinigung das eigentliche Ziel, sondern die Verhinderung der Festschreibung des Status quo nach dem Zweiten Weltkrieg. Diese defensive Politik hatte zur Folge, daß politische Operation durch Proklamation ersetzt wurde.

Die daraus resultierende "Politik der negativen Rechtsansprüche"[57] hatte Adenauer allerdings schon 1947 vorgezeichnet: "Ein Volk, das sein Recht verlangt und nichts als sein Recht und das in dieser Forderung sich selbst getreu verharrt, komme, was da kommen mag, wird schließlich sein Recht erhalten."[58] Dieser Haltung waren alle Bundesregierungen, wenn auch mit schwächer werdender Tendenz, bis zum Jahre 1969 verpflichtet, so daß es bis zu diesem Zeitpunkt trotz aller Kritik und Vorschläge im Zusammenhang mit der deutschen Frage letztlich zu keiner Änderung der westdeutschen Deutschlandpolitik gekommen ist.

II. Verselbständigung der Rechtsprechung

Der politische Stillstand, das Festhalten aller westdeutschen politischen Kräfte an der Politik der negativen Rechtsansprüche wirkten sich auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in zweifacher Weise aus. Einmal sind in der Zeit bis 1969 relativ wenige Entscheidungen zu verzeichnen, in denen auf die mit der deutschen Frage zusammenhängenden Probleme eingegangen wurde; es bestand kein Anlaß seitens des Gerichts, bei unveränderter politischer Lage zu unstreitigen Auffassungen Stellung zu nehmen. Zum anderen bestätigte es in diesen Entscheidungen seine bisherige Rechtsprechung bzw. schrieb sie bezüglich Berlin fort, so daß nicht nur auf Regierungs-, son-

57) Löwenthal aaO S. 669
58) Deuerlein aaO S. 193

dern auch auf verfassungsgerichtlicher Ebene nach der von Adenauer so frühzeitig formulierten Devise gehandelt wurde, für sich selbst in seinem Verlangen nach Recht getreu zu verharren.

In zwei Entscheidungen des Zweiten Senats aus den Jahren 1960 und 1961, die die Geltung von ostdeutschen Strafurteilen in Westdeutschland zum Gegenstand hatten, bekräftigte das Bundesverfassungsgericht seine Aussage aus dem Jahre 1952, daß die Sowjetzone zu Deutschland gehöre und im Verhältnis zur Bundesrepublik nicht als Ausland angesehen werden könne.[59] Ausdrücklich wurde auf die "vom Grundgesetz vorausgesetzte Einheit Deutschlands"[60] abgestellt, aus der sich ergebe, daß die Gerichte der Sowjetzone deutsche Gerichte seien. Diese Gerichte übten daher nicht Staatsgewalt eines fremden Staates aus, wohl aber eine Gewalt, die nicht an rechtsstaatlichen Grundsätzen orientiert sei, wie das in der Bundesrepublik der Fall sei, so daß jeweils entschieden werden müsse, ob ein ostdeutsches Strafurteil auch in Westdeutschland Geltung beanspruchen könne.[61] Mit diesen beiden Entscheidungen korrespondierten der ein Jahr später vom Ersten Senat beiläufig gemachte Hinweis auf die "Lehre von der Identität der Bundesrepublik Deutschland mit dem Deutschen Reiche"[62] sowie die im Jahre 1965 - als es um die Qualifizierung des Interzonenhandels ging - von demselben Senat getroffene Feststellung, "zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Sowjetischen Besatzungszone besteht eine Herrschaftsgrenze, aber keine Zollgrenze"[63]. Es wurde also nur wiederholt, was in der ersten Phase der deutschlandpolitischen Rechtsprechung bereits festgeschrieben worden war: der gesamtdeutsche Staat besteht fort, die Bundesrepublik Deutschland, d.h. der westdeutsche Staat ist mit diesem identisch, Ostdeutschland ist im Verhältnis zu Westdeutschland weder Staat noch Ausland.

---

59) BVerfGE 11 S. 158
60) aaO S. 160
61) BVerfGE 12 S. 66
62) BVerfGE 15 S. 134
63) BVerfGE 18 S. 354

An diesem Deutschlandbild vermochte die Tatsache nichts zu ändern, daß in der Entscheidung aus dem Jahre 1962 auch von der "Identität oder Teilidentität"[64] des Bundes mit dem Deutschen Reich die Rede war, eine Formulierung, die sicherlich dazu beitrug, daß später darüber Mutmaßungen angestellt wurden, ob das Bundesverfassungsgericht überhaupt die Identitätstheorie im Sinne des Staatsfortbestandes in den Grenzen von 1937 vertrete. Vergegenwärtigt man sich allerdings die in den 60er Jahren von dem Gericht wiederholten Feststellungen, daß die Einheit Deutschlands fortbestehe, daß Ostdeutschland weder Staat sei noch Ausland im Verhältnis zu Westdeutschland und zwischen beiden lediglich eine Herrschaftsgrenze bestehe, hält man sich darüber hinaus vor Augen, daß das Gericht in derselben Entscheidung wenige Seiten vorher von der "Identität der Bundesrepublik Deutschland mit dem Deutschen Reiche" gesprochen hat, gibt es nur eine Erklärung für diesen scheinbaren Widerspruch: Die "Identität" bezog sich auf das Staatsgebiet in den Grenzen von 1937, also auf den territorialen Anspruch, die "Teilidentität" auf den Geltungsbereich des Grundgesetzes im Sinne von tatsächlich möglicher Machtausübung der westdeutschen Organe. Der Begriff Teilidentität war also nur eine Neuauflage dessen, was im KPD-Urteil bereits formuliert worden war: daß die vom Grundgesetz aufgerichtete Staatsordnung als eine Ausübung gesamtdeutscher Staatsgewalt auf einem räumlich zunächst beschränkten Gebiet zu betrachten sei.

Die Wirkung des Prinzips der Kontinuität der Rechtsprechung, die sich in diesen Entscheidungen niederschlug, war vorher bereits, und zwar im Dezember 1960, deutlich sichtbar geworden, als sich der Erste Senat im Zusammenhang mit der Frage, ob das Wehrpflichtgesetz gegen die Pflicht zur Wiedervereinigung verstoße, erneut zum Wiedervereinigungsgebot äußerte und die lapidare Feststellung traf: "Die Wiedervereinigung Deutschlands ist allerdings, wie das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen hat (BVerfGE 5, 85 (125 ff)), nicht nur ein poli-

64) BVerfGE 15 S. 145

tisches Ziel, sondern auch ein verfassungsgerichtliches Gebot."[65] Der Widerspruch zwischen der wenige Monate vorher vom Zweiten Senat zugrunde gelegten Einheit Deutschlands und der nunmehr erneuerten Pflicht zur Wiedervereinigung wurde dabei erneut übergangen. Wie schon in den 50er Jahren bediente man sich auf politischer wie auf verfassungsgerichtlicher Ebene jeweils der Terminologie, die den eigenen Anspruch stützte, mochte sie in der Gesamtschau auch in sich widersprüchlich sein. Wichtiger als diese Fortschreibung der terminologischen Unvereinbarkeit zwischen Einheit und Wiedervereinigung ist jedoch die Tatsache, daß das Gericht im Jahre 1960 die Wiedervereinigungspflicht ausdrücklich mit dem Hinweis auf das KPD-Urteil begründete, eine Entscheidung, deren juristische Argumentation wiederum sehr fragwürdig war. Anders ausgedrückt: Mit der Kontinuität der Rechtsprechung ging eine Verselbständigung der Rechtsprechung insofern einher, als die bisherige Rechtsprechung nicht mehr auf ihre Stichhaltigkeit überprüft, sondern ohne weiteres übernommen wurde, und zwar nunmehr losgelöst von dem politischen Kontext, ohne den diese Rechtsprechung nicht denkbar war.

Dieses Phänomen der Verselbständigung ist auch im Zusammenhang mit der Berlin-Rechtsprechung auszumachen. In drei Entscheidungen, die während dieser zweiten Rechtsprechungsphase gefällt wurden, gingen Erster wie Zweiter Senat unter Hinweis auf die Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1957 wie selbstverständlich davon aus, daß West-Berlin ein Land Westdeutschlands sei. Folgerichtig setzte sich das Bundesverfassungsgericht in diesen Entscheidungen auch nicht mehr mit dem territorialen Moment der Berlin-Problematik auseinander, sondern legte das Schwergewicht seiner Erörterungen allein auf den Aspekt des gouvernement, d.h. auf die Frage, ob Fälle denkbar seien, in denen das Gericht in Berliner Sachen zuständig sein könne. Bekanntlich hatte sich das Gericht in der ersten Phase seiner Rechtsprechung auf den Standpunkt ge-

65) BVerfGE 12 S. 51

stellt, daß es durch den Vorbehalt der Militärgouverneure zum Grundgesetz daran gehindert sei, mit Wirkung für Berlin zu judizieren, soweit sein Spruch die Ausübung von Regierungsgewalt über Berlin bedeuten würde, was wiederum zumindest dann der Fall wäre, wenn ein Berliner Gesetz auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüft würde.[66] Hier nun zeigte sich in der Tat ein Wandel der Einstellung des Gerichts, der weniger in der Logik der bisherigen Rechtsprechung lag, als vielmehr Ausfluß der immer engeren politischen Verzahnung zwischen West-Berlin und Westdeutschland war.

Zwei der drei Entscheidungen lagen Verfassungsbeschwerden von Privatpersonen zugrunde, die sich gegen letztinstanzliche Urteile des Bundesgerichtshofs richteten, dessen Zuständigkeit für Berliner Sachen, anders als die des Bundesverfassungsgerichts, keinem Zweifel unterliegt.[67] Bei rein formaler Betrachtungsweise wäre gegen die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts nichts einzuwenden gewesen; denn der Bundesgerichtshof ist ein Teil der westdeutschen Staatsgewalt, d.h. ein Spruch des Bundesverfassungsgerichts würde unter formalem Gesichtspunkt nur diese Staatsgewalt tangieren, nicht aber die Westberliner Landesgewalt. Eine solche Argumentation übersähe allerdings - wie der Erste Senat in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1959 selbst bemerkte -, daß mit einer das Urteil des Bundesgerichtshofs aufhebenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts unmittelbare gesetzliche Folgen für Akte der Westberliner Landesgewalt, nämlich der beiden instanzgerichtlichen Urteile, verbunden wären. Mit anderen Worten: "Das Bundesverfassungsgericht würde sich im Ergebnis des Bundesgerichtshofs bedienen, um einen nur diesem erlaubten Eingriff in Entscheidungen Berliner Gerichte herbeizuführen", was nichts anderes als "ein Akt bewußten und gewollten mittelbaren 'Regierens'" wäre; eine solche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sei unvereinbar mit dem Besatzungsvorbehalt, "einem kurz formulierten prinzipiellen Verbot politisch bedeutsamer Einwirkung der Bundesrepublik

66) Oben S. 121.
67) Verordnungsblatt für Berlin I 1951 S. 99 ff

auf die Berliner Landesgewalt"[68].

Diese Entscheidung aus dem Jahre 1959 lag mit ihrer Nichtzuständigkeitserklärung des Bundesverfassungsgerichts in Berliner Sachen zwar noch auf der bisher vertretenen Linie des Gerichts, legte zugleich aber auch den Grundstein für ihre Fortentwicklung; denn der Vorbehalt der Militärgouverneure wurde hierdurch weiter eingeschränkt, was deutlich wird, wenn man sich die Formulierungen aus den Jahren 1957 und 1959 vergegenwärtigt. Während es damals hieß, daß der Vorbehalt der Drei Mächte der Ausübung von Regierungsgewalt über Berlin entgegenstehe, war dieses generelle Verbot zweieinhalb Jahre später auf eine "politisch bedeutsame Einwirkung" des Bundes auf die Westberliner Landesgewalt verkürzt worden. Damit hatte das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der Bewertung des Verhältnisses von West-Berlin und Westdeutschland einen neuen Akzent gesetzt, der mit der politischen Praxis übereinstimmte, nicht jedoch mit der von den Westmächten nach wie vor eingenommenen Haltung, daß West-Berlin kein Land Westdeutschlands sei und auch nicht von Westdeutschland regiert werden dürfe.

Gut sechs Jahre darauf nahm das Bundesverfassungsgericht Gelegenheit, den Terminus "politisch bedeutsame Einwirkung" zumindest in negativer Hinsicht konkreter auszufüllen. Anlaß dazu gab die Verfassungsbeschwerde des in West-Berlin lebenden Schriftstellers und Soziologen Ernst Niekisch, der von den Nationalsozialisten verfolgt worden war und sich gegen die seine Grundrechte verletzende Auslegung des Bundesentschädigungsgesetzes durch den Bundesgerichtshof wandte. In Konsequenz der erneuten inhaltlichen Verkürzung des Vorbehalts der Militärgouverneure erklärte sich das Bundesverfassungsgericht im Januar 1966 in einer Berliner Sache erstmals für zuständig. Zwar räumte der Erste Senat unter Wiederholung der von ihm selbst eingeführten Unterscheidung ein, "daß Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ausgeschlossen

68) BVerfGE 10 S. 232

sind, die politisch bedeutsame Einwirkungen auf die Berliner Landesgewalt, besonders auf die den politischen Willen des Landes Berlin gestaltenden Organe haben müßten, also etwa Verfahren, die sich unmittelbar gegen Berliner Verfassungsorgane richten oder der Kontrolle des Berliner Gesetzgebers dienen". Aber "der Besatzungsvorbehalt schließt seinem Sinn nach die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls dann nicht aus, wenn in einem Verfahren, bei dem es allein um die Gültigkeit oder die Anwendung von Bundesrecht geht, das nach Berlin übernommen worden ist, das Bundesverfassungsgericht mit der Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung eines oberen Bundesgerichts angerufen wird. Denn hier handelt es sich allein um die Prüfung von Akten der öffentlichen Gewalt des Bundes."[69] Da Bundesgesetze aufgrund der Übernahme durch den Berliner Gesetzgeber ihre Qualität als Bundesrecht nicht verlören, rechtfertige es eine mögliche "Fernwirkung" auf Entscheidungen Berliner Gerichte - nämlich auf die Instanzgerichte - nicht, die Prüfungszuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts gegenüber den oberen Bundesgerichten zu beschränken.[70]

Daß es sich hierbei lediglich um eine - wie das Gericht selber einräumte - "in gewisser Weise"[71] modifizierte Berlin-Rechtsprechung handelte, ist sicherlich eine zu bescheidene Charakterisierung. Vielmehr stellte diese Rechtsprechung den Versuch dar, West-Berlin nicht nur territorial, sondern nun auch zumindest teilweise organisatorisch in das Bundesgebiet einzugliedern, wovon das Bundesverfassungsgericht bis zur Niekisch-Entscheidung ausdrücklich Abstand genommen hatte. Dieses Bemühen war allerdings nur unter Außerachtlassen der Anordnung der Alliierten Kommandantura möglich, nach der Bundesgesetze in West-Berlin erst Anwendung finden, "nachdem

---

69) BVerfGE 19 S. 385 f

70) aaO S. 388 ff. Bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1962 hatte das Bundesverfassungsgericht seinen Meinungswandel angedeutet, als es die Vorlage des Bundesgerichtshofs in einer West-Berlin berührenden Materie im Rahmen eines konkreten Normenkontrollverfahrens zugelassen hatte, ohne mit einem Wort auf die Berlin-Problematik einzugehen; BVerfGE 15 S. 25 ff.

71) BVerfGE 19 S. 384

seitens des Abgeordnetenhauses darüber abgestimmt wurde und dieselben als Berliner Gesetze verabschiedet worden sind"[72]. Darüber hinaus mußte sich der Erste Senat zu seinen eigenen Ausführungen in Widerspruch setzen, um diesen Versuch der teilweisen organisatorischen Eingliederung unternehmen zu können; denn während er 1959 eine Beurteilung der Auswirkungen einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf die Westberliner Landesgewalt unter rein formalen Gesichtspunkten noch abgelehnt und sich für unzuständig erklärt hatte, griff er 1966 auf eben dieses formale Argument zurück, wenn er mit Bezug auf die zu überprüfende Entscheidung des Bundesgerichtshofs feststellte, "die Aufhebung der Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht korrigiert in allen Fällen nur die Rechtsanwendung durch ein Bundesorgan und veranlaßt dieses, so zu entscheiden, wie es bei Beachtung der Verfassung von vornherein hätte entscheiden müsen"[73].

Dieses formale Argument war allerdings, wie schließlich die dritte Berlin-Entscheidung deutlich machte, nur ein Vorwand, um die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts in Berliner Sachen zu begründen. Der Zweite Senat reduzierte nämlich wenige Monate nach der Niekisch-Entscheidung die Voraussetzungen für diese Zuständigkeit auf eine einzige: daß von der Westberliner Landesgewalt Bundesrecht angewandt werde.[74] Nur so war es ihm möglich, über die Verfassungsbeschwerde zweier Firmen zu entscheiden, die sich gegen die Auslegung des Gesetzes über Wettbewerbsbeschränkungen durch den Kartellsenat des Kammergerichts Berlin als letzter Instanz richteten. Diese Entscheidung korrigierte also nicht - wie das in der Niekisch-Entscheidung zumindest formal der Fall war - die Rechtsanwendung durch ein Bundesorgan, sondern schrieb die Rechtsanwendung durch die vom Kammergericht Berlin verkörperte Landesgewalt West-Berlins in verbindlicher Weise vor. Das als einen Eingriff des Bundesverfassungsgerichts zu bezeichnen, der "nicht in politisch bedeutsamer Weise die Landeshoheit Berlins"[75]

72) "Dokumente zur Berlin-Frage" S. 154
73) aaO S. 390
74) BVerfGE 20 S. 267 f
75) aaO S. 268

berühre, war eben nur möglich, wenn unterstellt wurde, daß Bundesrecht auch in Berlin seine Rechtsqualität bewahrt, daß Westberliner Gerichte bei Anwendung solchen Rechts quasi als Erfüllungsgehilfen westdeutscher Staatsgewalt tätig werden.[76)]

So wenig die Reklamierung West-Berlins als Bundesland vom Vorbehalt der Westmächte gedeckt ist, so wenig ist dieser Vorbehalt geeignet, die Unterscheidung des Bundesverfassungsgerichts zwischen politisch bedeutsamen und politisch weniger bedeutsamen Einwirkungen auf die Westberliner Landesgewalt zu gestatten. Die Bedeutung des Vorbehalts liegt nicht darin, die völlige organisatorische Eingliederung West-Berlins in den Bund zunächst nicht zuzulassen, sondern der Berlin-Vorbehalt dient vielmehr der Wahrung des Viermächtestatus. Daher ist jede politische Einwirkung des Bundes auf West-Berlin, mag sie auch von geringer politischer Tragweite sein, unzulässig, soweit die Westmächte nicht Gegenteiliges zugelassen haben bzw. zulassen.[77)]

Ebenso ist die vom Bundesverfassungsgericht gemachte Unterscheidung zwischen in West-Berlin geltenden Landesgesetzen und Bundesgesetzen unzulässig[78)]; denn in West-Berlin gelten keine Bundesgesetze, da diese, sollen sie dort Geltung erlangen, durch einen Akt des Abgeordnetenhauses in Westberliner Recht transformiert werden müssen. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind somit in jedem Fall eine politisch bedeutsame Einwirkung auf die Westberliner Landesgewalt, sei es auf

---

76) Wie vielschichtig die Berlin-Problematik ist, zeigt gerade diese Entscheidung; denn im Kern richteten sich die Verfassungsbeschwerden gegen einen Akt des Bundeskartellamts, das seinen Sitz in West-Berlin hat und als Bundesbehörde ohne Zweifel Bundesrecht anwendet. Da das Gesetz über Wettbewerbsbeschränkungen in West-Berlin jedoch aufgrund eines Übernahmegesetzes als Westberliner Landesrecht gilt, wenden die Westberliner Gerichte, wenn sie als örtlich zuständige Gerichte zur Überprüfung von Akten des Bundeskartellamts angerufen werden, eben dieses Westberliner Landesrecht an. Obwohl die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts also im Endeffekt auf den Akt einer Bundesbehörde Einfluß nahm, bedeutete sie gleichwohl eine Einwirkung auf Westberliner Landesgewalt, nämlich auf die vorangegangenen Entscheidungen der Instanzgerichte. Vergl. auch Lerche "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Berliner Fragen" S. 740.

77) Ebenso Finkelnburg AöR 95 S. 593.

78) Diese Unterscheidung mit den daraus sich ergebenden Konsequenzen hatte Drath bereits im Jahre 1956 vorgenommen, ohne daß sie sich das Bundesverfassungsgericht damals zu eigen gemacht hat; vergl. AöR S. 62 ff.

den Gesetzgeber und die Verwaltung oder auf die Instanzgerichte. Als ein auch politisches Organ ist das Bundesverfassungsgericht in Berliner Sachen nicht zuständig. Von daher ist es verständlich, daß die Niekisch-Entscheidung ebenso wie die Kartell-Entscheidung mit mehr Ablehnung als Zustimmung bedacht wurden[79], sich die Westmächte darüber hinaus veranlaßt sahen, mit Nachdruck auf ihre unveränderte Haltung hinzuweisen, "daß Berlin nicht als ein Land der Bundesrepublik anzusehen und auch nicht durch den Bund zu regieren ist" mit der Folge, "daß das Gericht in Beziehung auf Berlin keine Gerichtsbarkeit hat und daß es demzufolge nicht zuständig ist, (1) die Verfassungsmäßigkeit von Handlungen Berliner Behörden oder (2) die Verfassungsmäßigkeit von Berliner Gesetzen einschließlich von Gesetzen zur Übernahme von Bestimmungen der Bundesgesetzgebung zu überprüfen"[80].

Was veranlaßte das Bundesverfassungsgericht, trotz der bekannten entgegenstehenden Auffassung der Westmächte, die in West-Berlin nach wie vor oberste Regierungsgewalt ausüben, über seine ohnehin angreifbare Berlin-Rechtsprechung noch hinauszugehen? Da der Besatzungsvorbehalt für die Position des Gerichts nichts hergibt - er spricht ausdrücklich davon, daß Berlin "nicht durch den Bund regiert werden wird", was jede Regierungstätigkeit umfaßt, mag sie wichtig oder weniger wichtig sein, mittelbar oder unmittelbar erfolgen -, machte das Gericht gar nicht erst den Versuch einer juristischen Begründung. Es übernahm statt dessen nahezu wörtlich die Behauptungen von Bundesregierung, Senat und Abgeordnetenhaus, die im Rahmen des Niekisch- bzw. Kartell-Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten hatten.[81] Alle diese Stellungnahmen unterschieden zwischen mittelbarer und unmittelbarer Einwirkung der Bundesgewalt und enthielten die Schlußfolgerung, daß bei mittelbarer Einwirkung eine politisch bedeutsame Einwirkung nicht vorliege[82], daß die Korrektur eines

---

79) Vergl. Lerche aaO S. 738 ff mit weiteren Hinweisen.
80) NJW 1967 S. 1742
81) BVerfGE 19 S. 380 ff, 20 S. 263 f. Gemäß § 94 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht kann das Bundesverfassungsgericht "dem Verfassungsorgan des Bundes oder des Landes, dessen Handlung oder Unterlassung in der Verfassungsbeschwerde beanstandet wird, Gelegenheit" geben, sich zu äußern.
82) BVerfGE 19 S. 382

Urteils des Bundesgerichtshofs, soweit ein Bundesgesetz auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüft werde, "nicht als ein 'Regieren' Berlins durch den Bund angesehen werde" könne[83], daß von einem 'Regieren' nicht einmal dann die Rede sein könne, wenn die Anwendung von Bundesrecht durch ein Berliner Gericht auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüft werde.[84]

Angesichts der politischen Zielsetzung sowohl auf westdeutscher als auf Westberliner Seite, zumal nach der Berlin-Krise der Jahre 1958 und 1961 die Bindungen zwischen beiden Teilen Deutschlands noch enger als bisher zu gestalten, um so der Abschnürungspolitik des Ostens zu begegnen, war das eine verständliche Argumentation; allerdings eine politische und keine juristische. Daher ist die Feststellung erlaubt, daß die beiden Berlin-Entscheidungen der Jahre 1966 weniger "von einem wahren Hunger nach Grundrechtsgerechtigkeit getragen"[85] sind - nämlich den Grundrechten auch in West-Berlin mit Hilfe des Bundesverfassungsgerichts volle Geltung zu verschaffen -, als daß vielmehr die zu beobachtende Tendenz zu einer festeren Verklammerung West-Berlins mit dem Bund ihren Niederschlag in den beiden Entscheidungen gefunden hat.[86] Einmal mehr hatte die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Funktion, eine politische Zielsetzung, nämlich die zumindest teilweise organisatorische Eingliederung West-Berlins in den Bund durchzusetzen, rechtlich abzusichern.

Die Fortschreibung der Berlin-Rechtsprechung war nur unter der Prämisse möglich, daß West-Berlin ein Land Westdeutschlands ist; denn die Zuständigkeit zur Vornahme von Hoheitsakten eines Staates ist auf das eigene Staatsgebiet beschränkt, soweit nicht ausdrücklich mit jenen etwas anderes vereinbart wird, die Herrschaft über fremdes Territorium ausüben.[87] Aber

---

83) aaO S. 380
84) BVerfGE 20 S. 263
85) So Wengler "Die Übernahme von Bundesgesetzen für Berlin" S. 962.
86) Ebenso Delbrück "Die staatsrechtliche Stellung Berlins in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts" S. 218.
87) Wenig überzeugend ist der Versuch Lerches, die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts in Berliner Sachen auch ohne diese Prämisse zu begründen und dabei darauf abzuheben, daß die Geltung des Grundgesetzes in Berlin zumindest auf einem "rezipierenden Willen des Berliner Verfassungsgebers" beruhe. Dieser Wille ist von den Westalliierten ausdrücklich korrigiert worden, so daß es auf ihn nicht ankommt. Vergl. Lerche aaO S. 729.

auch diese Berlin-Rechtsprechung bestätigt nur die Einschätzung: Die Entscheidungen auf politischer und verfassungsgerichtlicher Ebene korrespondierten miteinander, dem deutschlandpolitischen Stillstand entsprach die Kontinuität der Rechtsprechung. Diese Kontinuität erschöpfte sich in der Wiederholung bereits früher bezogener Positionen und untermauerte hinsichtlich der Zugehörigkeit West-Berlins zu Westdeutschland den einmal eingenommenen Standpunkt. Anders als in der ersten Phase der Rechtsprechung zur deutschen Frage erfolgte die doppelte Kontinuität in der zweiten Phase allerdings, ohne daß das Gericht, wie etwa im Zusammenhang mit der Saarfrage oder dem Konkordats-Urteil, in politische Auseinandersetzungen eingeschaltet wurde. Dieser Umstand trug nicht unwesentlich dazu bei, daß das Bild der politische Entscheidungen nachvollziehenden Rechtsprechung verblaßte und an dessen Stelle jedenfalls insoweit eine Verselbständigung der Rechtsprechung trat, als bereits bekannte Positionen des Gerichts lediglich wiederholt wurden.

An dem Resultat der doppelten Kontinuität änderte diese sich abzeichnende Auflösung zwischen politischem Kontext und richterlicher Entscheidung, die in der dritten Phase der Rechtsprechung nachhaltige Folgen zeigen sollte, nichts: "Wie der Kaiser des Märchens in seinen neuen Kleidern, die niemand sieht, schritt die Bundesrepublik seit 1949 im Schmucke ihres gesamtstaatlichen Prinzips einher."[88] Man darf hinzufügen: mit Unterstützung des Bundesverfassungsgerichts.

---

88) Rumpf "Land ohne Souveränität" S. 143

D. Politik versus Rechtsprechung - Rechtsprechung versus Politik

I. Die Anerkennung der Realitäten

So sehr die westdeutschen Regierungen zwanzig Jahre lang die Wiedervereinigung Deutschlands forderten und die Anerkennung des ostdeutschen Staates ablehnten, so wenig war der Nichterfolg dieser Politik zu übersehen. Zwischen den beiden Teilen Deutschlands gab es immer weniger Kommunikation, statt dessen wurde die von der ostdeutschen Seite betriebene Abgrenzung von Tag zu Tag perfekter. Darüber hinaus ließen sich die beiden Machtblöcke trotz der Ereignisse des Jahres 1968 in der CSSR von ihren Entspannungsbemühungen durch die ungelöste deutsche Frage nicht abhalten, mochte sie auch ein Störfaktor bleiben. Diese Einsicht war für die nach der Bundestagswahl 1969 gebildete Regierung aus SPD und FDP Anlaß, neue Wege in der Deutschlandpolitik zu gehen. Dabei setzte sie sich weniger die Wiedervereinigung zum Ziel ihrer Politik - sie war nach übereinstimmender Einschätzung aller Parteien auf absehbare Zeit ohnehin nicht zu realisieren[1] - als vielmehr, ein weiteres Auseinanderleben der Deutschen zu verhindern sowie die sich abzeichnenden Entspannungstendenzen zwischen Ost und West nicht mit der deutschen Frage zu belasten. Das setzte zweierlei voraus: die Schaffung von Bedingungen für die Wiederaufnahme der fast erloschenen Kommunikation zwischen den Deutschen in West- und Ostdeutschland sowie die Beseitigung der "querelles allemandes" auf internationaler Ebene.

Das Konzept für eine solche Politik war in den Augen von SPD und FDP eine aktive Politik des Friedens und des Gewaltverzichts. Ihr Gerüst wurde bereits in der ersten Regierungserklärung Bundeskanzler Brandts sichtbar, in der mit der Formulierung von "zwei Staaten in Deutschland"[2] der Alleinvertre-

1) Vergl. etwa Bundeskanzler Kiesinger in seiner Regierungserklärung 1966, BT, 5. WP, 80. Sitzung S. 3664, sowie Bundeskanzler Brandt in seiner Regierungserklärung 1969, in der das Wort Wiedervereinigung überhaupt nicht mehr verwendet wurde; BT, 6. WP, 5. Sitzung S. 32.

2) aaO S. 21

tungsanspruch im Verhältnis zu Ostdeutschland regierungsamtlich aufgegeben wurde. Eine der beiden vom Osten aufgestellten Bedingungen zur Normalisierung der Beziehungen zwischen Westdeutschland und den osteuropäischen Ländern war damit erfüllt.

Die zweite Bedingung, die völkerrechtliche Anerkennung des zweiten deutschen Staates, wurde hingegen weiterhin als unakzeptabel abgelehnt, weil Westdeutschland nach wie vor vom Bestehen einer deutschen Nation ausging. "Die Deutschen sind" - wie von der Bundesregierung immer wieder betont wurde - "nicht nur durch ihre Sprache und ihre Geschichte - mit ihrem Glanz und Elend - verbunden; wir sind alle in Deutschland zu Haus."[3] Daher könnten die zwei Staaten in Deutschland füreinander nicht Ausland, sondern ihre Beziehungen zueinander nur von besonderer Art sein. Wenn auch das Recht auf Selbstbestimmung für das deutsche Volk kein Verhandlungsgegenstand sein könne, so sei die Bundesregierung doch bestrebt, mit allen Staaten, auch mit Ostdeutschland, völkerrechtlich verbindliche Abkommen über den gegenseitigen Verzicht auf Anwendung von oder Drohung mit Gewalt abzuschließen.[4] Vor dem Hintergrund der Haltung von SPD und FDP während der Zeit der Großen Koalition, insbesondere zur Anerkennung der Oder-Neiße-Grenze, war trotz der im ganzen noch vagen[5] Ausführungen klar, was gemeint war: Die Bundesregierung schickte sich an, den Status quo, wie er sich nach dem Zweiten Weltkrieg entwickelt hatte, zu respektieren.

Während die eine der beiden Voraussetzungen der Deutschlandpolitik der sozialliberalen Koalition, nämlich die Verlagerung der deutschen Frage von der internationalen auf die nationale Ebene, mehr oder weniger allein von dem Willen der Bundesregierung abhing, war die zweite Voraussetzung, Bedingungen für

3) Ebenda
4) aaO S. 32
5) Von "irreführenden Andeutungen über die beabsichtigte Politik gegenüber der DDR" zu sprechen wird der Regierungserklärung dagegen kaum gerecht. So aber Körner "Die innerdeutschen Beziehungen" S. 639.

die Entkrampfung des deutsch-deutschen Verhältnisses zu schaffen, nicht ohne die Bereitschaft Ostdeutschlands zur Mitwirkung zu erfüllen; denn diese Bedingungen konnten nur vertragliche Abmachungen zwischen West- und Ostdeutschland sein. Um diese Mitwirkung Ostdeutschlands sicherzustellen, wurde ein letztes Mal die Hallstein-Doktrin aktiviert. Die Bundesregierung ließ die mit Westdeutschland befreundeten Staaten wissen, daß sie die Anerkennung Ostdeutschlands durch dritte Staaten so lange als eine Störung des Entwicklungsprozesses in den Beziehungen zwischen West- und Ostdeutschland betrachten werde, als Ostdeutschland nicht bereit sei, an der Regelung des Verhältnisses der beiden Staaten Deutschlands zueinander mitzuwirken.[6] Mit dieser Entscheidung, die Aufgabe des Alleinvertretungsanspruchs im Verhältnis zu Drittstaaten von einer auflösenden Bedingung abhängig zu machen, wurde die Hallstein-Doktrin wieder zu einem Mittel zur Erreichung eines politischen Zieles, d.h. sie war nicht länger nur Selbstzweck, worin sich ihre Funktion spätestens seit dem Scheitern der zweiten Genfer Konferenz im Jahre 1959 erschöpft hatte.[7]

War die Zielvorstellung westdeutscher Politik in den 50er Jahren auf die Wiedervereinigung gerichtet, zu Beginn der 70er Jahre dagegen auf ein geregeltes Nebeneinander und dann Miteinander der zwei deutschen Staaten, so waren sich doch sowohl Adenauer als auch Brandt darüber im klaren, daß der Schlüssel für den Erfolg der jeweiligen Politik in Moskau lag. Folgerichtig stand vor der Deutschlandpolitik der sozialliberalen Bundesregierung im eigentlichen Sinn, nämlich bezogen auf Ostdeutschland, die Ostpolitik. Ergebnis dieser Ostpolitik waren die Verträge von Moskau und - in dessen Gefolge - von Warschau, mit denen die Bundesregierung den Status quo als Basis für einen Ausgleich mit dem Osten akzeptierte. Ausdrücklich wurde die Unverletzlichkeit der "Grenze zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik"[8] anerkannt sowie bestätigt, daß die Oder-Neiße-Linie

6) So Außenminister Scheel BT, 6. WP, 6. Sitzung S. 88.
7) Ebenso End aaO S. 70.
8) Art. 3 des Moskauer Vertrages

"die westliche Staatsgrenze der Volksrepublik Polen bildet"[9].

Nach dieser ersten Etappe, die im Dezember 1970 ihren Abschluß fand, auf dem Weg zu einer Bereinigung des Verhältnisses zwischen Westdeutschland und den osteuropäischen Ländern einschließlich Ostdeutschland folgte in der zweiten Etappe der Abschluß der Verhandlungen der Vier Mächte über ein Berlin-Abkommen, an dessen Zustandekommen Westdeutschland zwar nicht unmittelbar, wohl aber im Wege der Konsultation mittelbar[10] und hinsichtlich der Transitregelungen qua Auftrag der Vier Mächte[11] dann auch direkt beteiligt war. Dieses Abkommen sollte die permanenten Krisen um Berlin beenden, die ihren sichtbaren Ausdruck insbesondere in der willkürlichen Sperrung der Zufahrtswege von Westdeutschland nach West-Berlin durch die ostdeutschen Behörden fanden. Neben der Garantie des ungehinderten Transitverkehrs zwischen den Westsektoren Berlins und Westdeutschland enthielt das Viermächteabkommen vom September 1971 aber auch die bekannte Auffassung der drei Westmächte, "that these Sectors continue not to be a constituent part of the Federal Republik of Germany and not to be gouverned by it"[12].

Hierauf folgte in einer dritten Etappe, nachdem die Begegnungen zwischen Bundeskanzler Brandt und Ministerpräsident Stoph in Erfurt und Kassel aufgrund der gleichermaßen festen Haltung der ostdeutschen und westdeutschen Seite in der Frage der völkerrechtlichen Anerkennung zu keinerlei greifbaren Ergebnissen geführt hatten[13], zunächst der Abschluß des Verkehrsvertrages zwischen Ost- und Westdeutschland im Mai 1972[14] - des ersten völkerrechtlich verbindlichen Vertrages zwischen

---

9) Art. I des Warschauer Vertrages
10) Vergl. Brandt "Begegnungen und Einsichten" S. 511 ff. Eine ausführliche Darstellung der Viermächte-Verhandlungen gibt Catudal jr. "The Diplomacy of the Quadripartite Agreement on Berlin" S. 154 ff.
11) Teil II A des Viermächteabkommens: "Detailed Arrangements concerning this civilian traffic, as set forth in Annex I, will be agreed by the competent German authorities."
12) Teil II B des Viermächteabkommens
13) Vergl. Löwenthal aaO S. 685 f.
14) BGBl II 1972 S. 1449 ff

den beiden deutschen Staaten - und schließlich der Abschluß des Grundlagenvertrages im Dezember 1972.[15] Wie der Moskauer und Warschauer Vertrag enthielt auch der Grundlagenvertrag das Bekenntnis zu den Prinzipien der Vereinten Nationen, zum Gewaltverzicht und zur Unverletzlichkeit der Grenzen. Entscheidend bezüglich des deutsch-deutschen Verhältnisses ist aber, daß es Ostdeutschland nicht gelang, seine Forderung nach völkerrechtlicher Anerkennung durch Westdeutschland in dem Vertrag expressis verbis zu verankern. Auf der anderen Seite konnte auch die Bundesregierung mit ihrem Konzept der besonderen Beziehungen nicht durchdringen, wie der Hinweis in der Präambel auf die "unterschiedlichen Auffassungen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik zu grundsätzlichen Fragen, darunter zur nationalen Frage ", sowie die einseitige Erklärung Westdeutschlands zeigten, daß Staatsangehörigkeitsfragen durch den Vertrag nicht geregelt worden seien.[16]

Wenn sich Ostdeutschland trotz der nicht ausgesprochenen völkerrechtlichen Anerkennung schließlich dennoch zum Abschluß des Grundlagenvertrages bereit fand, so wohl nicht zuletzt aufgrund der Feststellung in Art. 4, "daß keiner der beiden Staaten den anderen international vertreten oder in seinem Namen handeln kann", sowie aufgrund der Übereinstimmung beider Regierungen, nach der Ratifikation des Grundlagenvertrags "etwa zum gleichen Zeitpunkt"[17] den Antrag zur Aufnahme in die UNO zu stellen. Dieser Anerkennung der Gleichberechtigung des ostdeutschen Staates mit der Aussicht auf weltweite völkerrechtliche Anerkennung stand das in Art. 7 niedergelegte Zugeständnis an Westdeutschland gegenüber, "im Zuge der Normalisierung ihrer Beziehungen praktische und humanitäre Fragen zu regeln", die von technischen bis zu Fragen der Familienzusammenführung und des kleinen Grenzverkehrs reichen.[18] Damit hatte sich die Bundesregierung mit einem wesentlichen Teil

---

15) Vergl. zu den einzelnen Stationen dieser Etappen Günther Schmid "Politik des Ausverkaufs?" S. 147 ff, "Entscheidung in Bonn" S. 24 ff.

16) BGBl II 1973 S. 423 ff. Zur Frage, ob die besonderen Beziehungen ihren Niederschlag im Grundlagenvertrag gefunden haben, äußert sich im übrigen umfassend Ress "Die Rechtslage Deutschlands nach dem Grundlagenvertrag" S. 192 ff.

17) Vergl. den Briefwechsel beider Regierungen zum Antrag auf Mitgliedschaft in den Vereinten Nationen, Drucksache 7/154 S. 45.

18) Vergl. zum kleinen Grenzverkehr den Briefwechsel der beiden Regierungen zu Reiseerleichterungen, Bulletin 1972 S. 1845 ff.

ihrer deutschlandpolitischen Konzeption durchgesetzt, nach der die Regelung des staatlichen Verhältnisses zwischen Ost- und Westdeutschland "begleitet sein muß von Regelungen, die dem Vertrag eine für die Menschen greifbare Substanz geben, die also bewirken, daß auch die tatsächlichen Verhältnisse mit der Zeit erträglicher werden"[19].

Mit dem erfolgreichen Abschluß der drei Etappen, an deren Ende jeweils der Moskauer und Warschauer Vertrag, das Viermächteabkommen sowie der Grundlagenvertrag standen, hatte die Bundesregierung aus SPD und FDP ihre beiden Zielsetzungen zunächst erreicht. Zum einen war die deutsche Frage nicht länger Störfaktor der internationalen Beziehungen, was vor dem Hintergrund der sich anbahnenden Konferenz für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa von nicht geringer Bedeutung war; zum anderen war mit dem Grundlagenvertrag und den dazugehörigen Dokumenten die Voraussetzung dafür geschaffen worden, daß zwischen den Menschen in beiden Teilen Deutschlands trotz Mauer und Stacheldraht - wenn auch vorwiegend nur in west-östlicher Richtung - wieder Begegnungen stattfinden und damit die persönlichen Beziehungen zwischen den Deutschen zumindest aufrechterhalten werden können. Die Reaktivierung der Hallstein-Doktrin hatte sich somit als wirksames Instrument gegenüber Ostdeutschland erwiesen, nicht zuletzt deshalb, weil "innerdeutsche Politik und Außenpolitik auf das sorgfältigste miteinander koordiniert" waren und "eine einheitliche Politik der konzertierten Initiativen"[20] bildeten bzw. weil - wie der an der Verwirklichung dieser Politik maßgeblich beteiligte Egon Bahr mit Bezug auf alle abgeschlossenen Verträge formulierte - es gar nicht möglich war, "über eins zu reden, ohne zwei, drei, vier und fünf mit zu erwähnen"; alle folgenden Abkommen seien Verwandte des Moskauer Vertrages.[21]

---

19) Denkschrift der Bundesregierung zum Grundlagenvertrag, Drucksache 7/153 S. 13

20) So Außenminister Scheel BT, 6. WP, 23. Sitzung S. 918.

21) Cramer aaO S. 59 f. Dabei nahm Egon Bahr auch auf den im Dezember 1973 abgeschlossenen Vertrag zwischen der CSSR und Westdeutschland Bezug; daher die Zählung bis fünf. Vergl. auch Brandt aaO S. 440.

Die Ost- und Deutschlandpolitik der Regierung Brandt/Scheel war nach der Verabschiedung des Grundgesetzes und der Westintegration der dritte Schritt auf dem Weg zur "Selbstanerkennung der Bundesrepublik"[22]. Während der erste Schritt, die nur scheinbare Organisation eines Provisoriums, allerdings noch in weitgehender Übereinstimmung der politischen Kräfte und mit breiter Zustimmung der Bevölkerung erfolgte, war das beim zweiten Schritt schon nicht mehr der Fall, weil die darin zum Ausdruck kommende Eigenstaatlichkeit Westdeutschlands unvereinbar war mit der über das Kriegsende geretteten Vorstellung eines fortbestehenden Gesamtdeutschlands. Niemanden konnte es daher verwundern, daß um die Verwirklichung des dritten Schrittes mit gleicher Heftigkeit und Intensität gerungen wurde wie fast zwei Jahrzehnte vorher um die Westintegration, zumal für Westdeutschland in besonderem Maße die These zuzutreffen scheint, nach der Oppositionen "immer mit ähnlichen Kriterien, Denkkategorien und Topoi"[23] operieren. Von daher war es beinahe zwangsläufig, daß nunmehr die in Opposition stehende CDU/CSU nahezu die gleichen Argumente gegen die Ost- und Deutschlandpolitik verwandte, die die SPD gegen die Westpolitik Adenauers ins Feld geführt hatte. War damals die SPD die Wiedervereinigungspartei, so galt das nach 1969 für die CDU/CSU - typisches Beispiel der Umkehr der Fronten war die Berlin-Politik[24] -, wobei an die Stelle des Begriffs Wiedervereinigung in Freiheit mehr und mehr der Terminus des Selbstbestimmungsrechts für alle Deutschen trat. Gegenüber der Opposition der 50er Jahre besaß die Opposition der 70er Jahre allerdings einen unbestreitbaren Vorteil: Sie konnte sich auf klare Aussagen des Bundesverfassungsgerichts stützen.

Trotz dieses Vorteils erscheint es übertrieben zu sagen, die juristische Argumentation habe die politische Würdigung des ost- und deutschlandpolitischen Vertragswerkes der Regierung

---

22) Kriele "Legitimitätsprobleme der Bundesrepublik" S. 211
23) So Abg. Carlo Schmid (SPD) BT, 6. WP, 173. Sitzung S. 9977.
24) Vergl. z.B. Ziffer 134 des 1978 in Ludwigshafen verabschiedeten Grundsatzprogramms der CDU: "Das freie Berlin ist ein Land der Bundesrepublik Deutschland und ein Teil des freien Europas; die völkerrechtlichen Vorbehalte, denen das Berlinabkommen Rechnung trägt, bleiben davon unberührt."

Brandt/Scheel seit Mitte 1970 fast völlig überlagert.[25] Zwar verzichtete die CDU/CSU nicht auf juristische Argumente, gleichwohl stand die politische Auseinandersetzung für sie im Vordergrund.[26] Sie allerdings war bestimmt von einem moralischen Rigorismus, der der schroffen nationalen Haltung der SPD in den 50er Jahren in nichts nachstand und von Oppositionsführer Barzel schon frühzeitig formuliert wurde: "Für uns ist Fortschritt, wo Menschenrechte und ihre gesellschaftliche Basis mehr zur Alltäglichkeit werden. Für uns ist Rückschritt, wo Menschenrechte nicht gelten, wo Strukturen sich etablieren, welche sie unterdrücken."[27] Diese Grundposition erlaubte es der CDU/CSU, Verhandlungen mit dem Osten einschließlich Ostdeutschland durchaus nicht abgeneigt gegenüberzustehen, gleichzeitig aber die Verträge mit der Sowjetunion, mit Polen und Ostdeutschland heftig zu kritisieren, weil sie eben dieser Forderung nicht gerecht wurden, angesichts der Machtverhältnisse auch nicht gerecht werden konnten.

Der Haupteinwand gegen die Verträge gipfelte jedoch in dem Vorwurf, daß sie die Spaltung vertieften und damit der Forderung nach Wiedervereinigung diametral zuwiderliefen. Wohl hatte die Bundesregierung gegenüber der Sowjetunion und Ostdeutschland in einem "Brief zur deutschen Einheit"[28] festgestellt, daß die Verträge nicht im Widerspruch zu dem politischen Ziel Westdeutschlands stünden, auf einen Zustand des Friedens in Europa hinzuwirken, in dem das deutsche Volk in freier Selbstbestimmung seine Einheit wiedererlange; wohl hatte sie gegenüber Polen darauf hingewiesen, "daß sie nur im Namen der Bundesrepublik Deutschland handeln"[29], d.h. die Oder-Neiße-Linie als Westgrenze Polens anerkennen könne -

25) So aber Günther Schmid "Politik des Ausverkaufs?" S. 241.
26) Beispielhaft für diese Haltung der Opposition war ihre Reaktion auf eine Rede des Abg. Becher (Pullach) (CDU/CSU). Nach seiner Feststellung "Ich jedenfalls bin fest davon überzeugt, daß die Verträge verfassungswidrig sind und daß alles getan werden muß, um sie vor Gericht in diesem Sinn untersuchen und werten zu lassen." verzeichnet das Protokoll lediglich "Beifall bei Teilen der CDU/CSU". BT, 6. WP, 93. Sitzung S. 5117, wobei die Verträge von Moskau und Warschau gemeint waren. Vergl. darüber hinaus den Beitrag der FAZ vom 7. Februar 1972: "Die Union will politisch gegen die Verträge kämpfen".
27) BT, 6. WP, 6. Sitzung S. 37
28) BGBl II 1972 S. 356, 1973 S. 425
29) BGBl II 1972 S. 364

gleichwohl reichten der CDU/CSU diese Vorbehalte nicht, da sie nur einseitig abgegeben worden seien und nicht darüber hinwegtäuschen könnten, daß das Selbstbestimmungsrecht aller Deutschen in den Verträgen selbst keinen Niederschlag gefunden habe, die deutsche Frage damit nicht mehr offengehalten werde . Darüber hinaus bemängelte die Opposition das Fehlen einer Berlin-Klausel - so in den Verträgen von Moskau und Warschau - bzw. die nur ungenügende Einbeziehung West-Berlins in den Grundlagenvertrag.[30] Schließlich befürchtete sie, daß das im Deutschlandvertrag niedergelegte Engagement der drei westlichen Verbündeten, zu einer freiheitlichen Lösung der deutschen Frage beizutragen, durch die Verträge nicht gestärkt, sondern vermindert werde.[31]

Als Alternative schlug die CDU/CSU die Beibehaltung der bisherigen Politik vor, die ihren letzten sichtbaren Ausdruck in der fast einstimmig verabschiedeten Entschließung des Deutschen Bundestages vom 26. September 1968 gefunden hatte und auf die die Opposition hinzuweisen nicht müde wurde.[32] Der in dieser Entschließung enthaltene moralische Grundsatz, "mit Staaten, in denen es keine Freiheit gibt, möglichst undichte Beziehungen zu pflegen, und mit dem deutschen Staat, in dem es keine Freiheit gibt, gar keine Beziehungen"[33], war schwerlich auf einen Nenner zu bringen mit dem pragmatischen Ansatz der Regierungspolitik, nach dem "wichtiger als das Demonstrative das Effektive ist"[34].

Neben die politisch motivierte trat die juristisch begründete

---

30) Nach den "Erklärungen beider Seiten in bezug auf Berlin (West)" besteht Übereinstimmung, daß die sogenannten Folgeverträge zum Grundlagenvertrag "auf Berlin (West) im jeweiligen Fall" ausgedehnt werden können; BGBl II 1973 S. 429.

31) Abg. Schröder (CDU/CSU) BT, 6. WP, 171. Sitzung S. 9821 ff. Vergl. auch Hacke "Die Ost- und Deutschlandpolitik der CDU/CSU" S. 31 ff sowie Höhne "Die Motive der ostpolitischen Opposition seit 1969" S. 54 ff.

32) So etwa Abg. Barzel (CDU/CSU) BT, 6. WP, 6. Sitzung S. 40, Abg. Kiesinger (CDU/CSU) aaO S. 75, Abg. Gradl (CDU/CSU) 23. Sitzung S. 875.

33) Golo Mann NR 1973 S. 1

34) Abg. Wehner (SPD) BT, 6. WP, 6. Sitzung S. 61

Ablehnung. Anders als bei der Kontroverse um die Westverträge wurden beide Ebenen, die politische und die juristische, jedoch gleichzeitig beschritten.[35] Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts war das nur zu verständlich; denn weder hatte die Bundesregierung trotz aller Reserve gegenüber der bisherigen legalistischen Deutschlandpolitik diese Rechtsprechung bei ihren Vertragsverhandlungen außer acht lassen können[36] noch wollte die Opposition Argumente ungenutzt lassen , "welche die sozialdemokratische Opposition selber zu einer Zeit hat schaffen helfen, als ihre Vertreter noch von der Ansicht geleitet wurden, sie seien politisch so schwach, daß sie alle juristischen Waffen benutzen müßten, um zum Zug zu kommen"[37]. Auch auf dieser Ebene fand daher nur ein Rollentausch, nicht aber eine Änderung in der Argumentation statt.

Auf vier verfassungsrechtliche Bedenken wurde immer wieder abgestellt. Erstens verstießen die Verträge gegen das Wiedervereinigungsgebot der Präambel des Grundgesetzes. Zweitens erschwerten sie zumindest den Beitritt anderer Teile Deutschlands zum Grundgesetz - wie in Art. 23 vorgesehen -, weil die Bundesregierung nach der Anerkennung der bestehenden Grenzen auf einen solchen Beitritt Ostdeutschlands nicht mehr hinwirken könne, ein solcher Beitritt darüber hinaus allein von der dortigen Regierung abhinge, während der Wille der Bevölkerung unbeachtlich wäre. Drittens seien die Verträge nicht mit der Identitätsthese in Einklang zu bringen. Viertens schließlich wurde bemängelt, daß West-Berlin entgegen der Forderung des Grundgesetzes nicht in den Grundlagenvertrag einbezogen sei.[38]

---

35) Oppositionsführer Barzel fragte bereits in der Erwiderung auf die Regierungserklärung Brandts vom Oktober 1969: "Wie wollen Sie Ihre Erklärung von den 'zwei Staaten in Deutschland' in Einklang bringen mit der Präambel des Grundgesetzes?" BT, 6. WP, 6. Sitzung S. 43.

36) Das kam in den Debatten immer wieder zum Ausdruck. Exemplarisch hierfür sind die Einlassungen des "Verfassungsministers" Genscher BT, 6. WP, 172. Sitzung S. 9908.

37) Auf die Gefahr, daß sich die Argumentation der SPD aus den 50er Jahren eines Tages als Hemmschuh eigener Regierungspolitik erweisen könnte, hat Hermens schon frühzeitig hingewiesen; vergl. "Verfassungslehre" S. 459.

38) Vergl. die Minderheitsvoten des Rechtsausschusses zum deutsch-polnischen und deutsch-sowjetischen Vertrag, Drucksache VI/3396 S. 9f, VI/3397 S. 14 ff, sowie die Beratungen des Rechtsausschusses zum Grundlagenvertrag 7. WP, 4. bis 8. Sitzung

Die Bundesregierung hielt dem entgegen, daß die Drei Mächte wegen ihrer Rechte in und für Berlin ihre Zustimmung zur üblichen Berlin-Klausel verweigert hätten[39], daß die Verträge lediglich die Voraussetzung für einen Modus vivendi bildeten, der die Beziehungen Westdeutschlands zu Osteuropa und Ostdeutschland regeln solle; sie schüfen keine Rechtsgrundlage für bestehende Grenzen, sondern enthielten nur die Verpflichtung, diese Grenzen bis zum Abschluß eines Friedensvertrages mit Gesamtdeutschland zu respektieren, so daß die deutsche Frage auch weiterhin offengehalten werde und kein Verstoß gegen das Wiedervereinigungsgebot vorliege.[40] Wenn damit auch nicht der Widerspruch zwischen der Anerkennung eines zweiten deutschen Staates sowie der Respektierung der bestehenden Grenzen - insbesondere der Oder-Neiße-Grenze - einerseits und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts andererseits aufgehoben war[41], nach der der deutsche Gesamtstaat in den Grenzen von 1937 fortbesteht und Ostdeutschland kein Staat ist, so ist diese Argumentation der nicht endgültigen Regelung doch nur zu bekannt. Sie war unter Adenauer beim Streit um das Saar-Statut kreiert und damals vom Bundesverfassungsgericht gutgeheißen worden.[42]

Nicht nur der parlamentarische Schlagabtausch zwischen Bundesregierung und Opposition erlebte bei gleicher Argumentation und vertauschten Rollen eine Neuauflage, sondern ebenso der außerparlamentarische, wobei die Vertriebenenverbände und die gegenüber der sozialliberalen Koalition kritisch eingestellte Presse eine herausragende Rolle spielten. Daß sich die Vertriebenen gegen jede Konzession in Richtung Osten ausspra-

39) So Bundesminister Bahr BT, 7. WP, 14. Sitzung S. 595.

40) Denkschrift der Bundesregierung zu den Verträgen von Moskau und Warschau, Drucksache VI/3156 S. 12; Denkschrift der Bundesregierung zum Grundlagenvertrag, Drucksache 7/153 S. 13.

41) Dieser Tatsache war sich die Bundesregierung sehr wohl bewußt, wie ihre auslegungsfähige Antwort auf eine entsprechende Frage der CDU/CSU zeigt: "Die Bundesregierung stimmt mit der grundsätzlichen Auffassung des Bundesverfassungsgerichts von der Rolle der Bundesrepublik Deutschland im Verhältnis zum Deutschen Reich überein; sie bleibt dazu berufen, dessen rechtliche Position auszufüllen, wo das möglich ist und soweit das möglich ist". Drucksache VI/2828 S. 4.

42) Oben S. 180

chen[43], ergab sich aus ihrem Selbstverständnis; sie hätten ihre Existenzberechtigung anderenfalls selbst in Frage gestellt. Ein Teil der "vierten Gewalt" beließ es hingegen nicht bei der scharfen Kritik, sondern versuchte darüber hinaus, mit der Veröffentlichung von geheimen Verhandlungsprotokollen sowie Vertragsentwürfen die Ost- und Deutschlandpolitik zu erschweren.[44] Und schließlich schaltete sich eine weitere Gruppe in die Auseinandersetzungen ein, wozu wiederum die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Anlaß gab: Juristen äußerten - im Unterschied zur Kontroverse um die Westpolitik, als sie mehr oder weniger nur im Rahmen des Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht in der Form von Gutachten Stellung bezogen - vernehmbar verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Bedenken gegen die Vertragspolitik der Regierung Brandt/Scheel.[45] Vor dem Hintergrund dieses erbitterten Streits, zu dem auch so zweifelhafte Erscheinungen wie die rechtsnationale Aktion "Widerstand" zählten, erhob die CDU/CSU gegenüber der Bundesregierung schließlich den doppelten Vorwurf,

---

43) Vergl. z.B. die Erklärung führender Vertriebenenfunktionäre aus Anlaß der Verabschiedung des Warschauer Vertrages, BT, 6. WP, 187. Sitzung S. 10956 ff.

44) Vor allem die Illustrierte "Quick" entfaltete auf diesem Gebiet große Aktivität; vergl. die Ausgaben vom 8. Juli 1970 - Abdruck des Bahr-Papiers -, vom 4. August 1971 - Abdruck der sowjetischen und der westlichen Positionspapiere zu Berlin -, vom 26. April 1972 - Abdruck eines Teils der Moskauer Verhandlungsprotokolle -.

45) Genannt seien nur Kimminich DVBl 1970 S. 440 ff, Clauder PM 1970 H. 2 S. 41 ff, Friedrich Klein "Am Bundesrat können die Ostverträge scheitern", wobei über diesem Aufsatz in der "Welt" vom 4. August 1971 bezeichnenderweise zu lesen stand: "Wissenschaftliche Antwort auf eine heiß diskutierte Streitfrage der Politiker". Selbst im Zusammenhang mit dem Viermächteabkommen, das die Unterschriften der Vier Mächte, nicht jedoch die Westdeutschlands trägt, wurden verfassungs- bzw. völkerrechtliche Bedenken geäußert, z.B. von Ress "Verfassungs- und völkerrechtliche Überlegungen zum Viermächte-Abkommen über Berlin" S. 29 ff. Natürlich fehlte es auch nicht an Gegenstimmen, so etwa Kewenig EA 1971 S. 469 ff, Menzel DÖV 1971 S. 363 ff. Einen Überblick über die unterschiedlichen juristischen Bewertungen der Ost- und Deutschlandpolitik enthält im übrigen der Band "Ostverträge - Berlin-Status - Münchner Abkommen - Beziehungen zwischen der BRD und der DDR" S. 19 ff.

die von außen auferlegte Spaltung Deutschlands nicht nur zu vertiefen, sondern ihr eine tiefe Spaltung der Bevölkerung im Innern hinzuzufügen.[46]

Trotz der massiven - auch verfassungsrechtlichen - Kritik der Opposition wurde das Bundesverfassungsgericht zunächst nicht angerufen, was im Zusammenhang mit den Verträgen von Moskau und Warschau, die ein Jahr vor dem Grundlagenvertrag im Frühjahr 1972 verabschiedet wurden, nahegelegen hätte. Ursache für das Untätigbleiben der CDU/CSU war einmal ihre nicht vorhandene Geschlossenheit bezüglich der Anwendung dieses Instruments, zum anderen - und dieser Gesichtspunkt war gravierender - der nach Partei- bzw. Fraktionswechseln einiger Abgeordneter eingetretene Stimmengleichstand von sozialliberaler Koalition und Opposition im Bundestag.[47] Solange die Koalitionsregierung über eine Mehrheit im Bundestag verfügte, vertrat die Opposition die Auffassung, daß eine Ablehnung der Verträge keine negativen Folgen für das Verhältnis von Ost und West nach sich zöge.[48] Als diese Mehrheit nicht mehr bestand und die Opposition dank des Stimmengleichstandes die Verträge hätte scheitern lassen können, schwenkte sie auf die Linie der Regierung ein. Nunmehr verkündete auch sie, "die Nichtratifizierung würde die Spannung zwischen Ost und West zu einem neuen Gipfel führen und vielleicht Europa in eine akute Krise stürzen"[49]. Die veränderten Mehrheitsverhältnisse im Bundestag bewirkten auf diese Weise ein Abrücken der CDU/CSU von der berühmten "So-nicht-Formel" Barzels[50] zu einer überwiegenden Stimmenthaltung, wobei eine gemeinsame Entschließung zu den Verträgen[51] mehr der Wahrung der oppositionellen Glaubwürdigkeit dienen sollte, als daß sie die Verträge hätte ändern oder gar Neues enthalten können; denn

---

46) Guttenberg "Die neue Ostpolitik" S. 76, Barzel "Auf dem Drahtseil" S. 138 f. Gegen diesen fragwürdigen Vorwurf Sontheimer NR 1971 S. 1 ff.

47) Dieser Gleichstand zeigte sich zum ersten Mal unmittelbar nach dem fehlgeschlagenen Mißtrauensvotum gegen Bundeskanzler Brandt bei der Abstimmung über den Haushalt des Bundeskanzlers, BT, 6. WP, 184. Sitzung S. 10787.

48) So etwa Abg. Barzel (CDU/CSU) BT, 6. WP, 171. Sitzung S. 9757.

49) Guttenberg aaO S. 76

50) BT, 6. WP, 171. Sitzung S. 9764

51) BT, 6. WP, 187. Sitzung S. 10960 f. Vergl. im übrigen zu den Umständen, die zur Stimmenthaltung der CDU/CSU führten, Barzel aaO S. 167 f.

sie bekräftigte lediglich noch einmal in aller Deutlichkeit den Modus-vivendi-Charakter der Verträge sowie die Forderung nach Selbstbestimmung aller Deutschen. Die Stimmenthaltung nahezu der gesamten CDU/CSU-Fraktion sowie im Bundesrat der von CDU und CSU regierten Bundesländer[52] schloß aber logischerweise die Einschaltung des Bundesverfassungsgerichts aus.

Der Gang nach Karlsruhe war gleichwohl nicht aufgehoben, sondern nur aufgeschoben. Nachdem die Opposition dem Verkehrsvertrag, der ebenso wie der Grundlagenvertrag die Staatsqualität Ostdeutschlands zugrunde legte, offensichtlich aus wahltaktischen Überlegungen zugestimmt hatte[53] - die Unterstützung der Ost- und Deutschlandpolitik der sozialliberalen Koalition durch die Mehrheit der westdeutschen Bevölkerung ließ sich zum Zeitpunkt der vorzeitigen Bundestagswahl 1972 nicht mehr leugnen[54] -, war solche Rücksichtnahme nach den klaren Mehrheitsverhältnissen im 7. Deutschen Bundestag ebensowenig erforderlich wie eine neuerliche Enthaltung. Trotz der nahezu einmütigen Ablehnung des Grundlagenvertrages durch die CDU/CSU[55] wurde die ein Jahr zuvor zutage getretene Krise der Opposition allerdings aufs neue sichtbar. Zwar hatte sich die Fraktion mehrheitlich, an ihrer Spitze ihr Vorsitzender Barzel, gegen die Anrufung des Bundesverfassungsgerichts ausgesprochen - u.a. mit dem Argument, daß sich die CDU/CSU während ihrer Regierungszeit stets gegen vergleichbare Verfassungsklagen der SPD gewandt habe -, die Befürworter einer Klage sahen nach der wenig verständlichen Stimmenthaltung beim Moskauer und Warschauer Vertrag jedoch ein zweites Mal die Glaubwürdigkeit der Opposition gefährdet, wenn nicht alle Mittel ausgenutzt würden, um wenigstens den Grundlagenvertrag zu Fall zu bringen.[56] Diese von der CSU mit ihrem Vorsitzenden Strauß angeführte Minderheit setzte sich schließlich mit Hilfe der Bayerischen Staatsregierung durch, die im Bundesrat als einzige

---

52) BR, 381. Sitzung S. 566

53) BT, 6. WP, 199. Sitzung S. 11740; 9 Abgeordnete der CDU/CSU enthielten sich der Stimme. Auch der Bundesrat kam zu einem einstimmigen Votum, vergl. BR, 385. Sitzung S. 668.

54) Vergl. "Jahrbuch der öffentlichen Meinung 1968 - 1973" S. 510 ff.

55) BT, 7. WP, 31. Sitzung S. 1651 f; vier Abgeordnete der CDU/CSU stimmten dem Grundlagenvertrag zu.

56) Vergl. zur entscheidenden Fraktionssitzung die Berichte der FAZ vom 15. Februar 1973, der "Welt" vom 14. Februar 1973 sowie des "Spiegel" vom 19. Februar 1973.

Landesregierung die Anrufung des Vermittlungsausschusses beantragte[57] - was nichts anderes als die Ablehnung des Grundlagenvertrages bedeutete - und in Konsequenz dieser Entscheidung am 28. Mai 1973 vom Bundesverfassungsgericht die Feststellung begehrte, daß der Grundlagenvertrag mit dem Grundgesetz nicht vereinbar und deshalb nichtig sei.

Die Politik der Anerkennung der Realitäten, von der die Bundesregierung stets behauptet hatte, sie stehe in der Kontinuität bisheriger westdeutscher Politik, die tatsächlich aber "ein neuer Abschnitt deutscher Politik"[58] war, d.h. in wesentlichen Teilen von alten Positionen abwich, stand damit, soweit sie das deutsch-deutsche Verhältnis betraf, auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts.

II. Das Urteil zum Grundlagenvertrag

Der Kampf um den Wehrbeitrag, der wesentlich von deutschlandpolitischen Fragen bestimmt war, dauerte auf gerichtlicher Ebene zweieinhalb Jahre; nur zweieinhalb Monate hingegen währte die verfassungsgerichtliche Auseinandersetzung um den Grundlagenvertrag. Das langwierige Verfahren in den 50er Jahren endete ohne, das beispielhaft kurze Verfahren zwei Jahrzehnte später wurde dagegen mit einem Urteil abgeschlossen. Frappierende Unterschiede, die sicherlich darin begründet sind, daß das Bundesverfassungsgericht in der dazwischen liegenden Zeit eine Rechtsprechung entwickelt hatte, auf die es sich im Zusammenhang mit dem Grundlagenvertrag stützen konnte. Allerdings darf auch nicht die Tatsache unterschätzt werden, daß das Gericht inzwischen eine nahezu unangefochtene Stellung als Teilhaber der politischen Willensbildung erworben hatte, die es in den Stand versetzte, auch bei hochpolitischen Fragen ohne taktische Vorsicht, wie damals im EVG-Verfahren, zu operieren. Die unbestreitbare Autorität des Gerichts war

57) BR, 394. Sitzung S. 168 ff
58) Brandt aaO S. 317

es schließlich auch, die den Gesetzgeber im Jahre 1971 bewog, nach dem amerikanischen Vorbild das Institut des dissenting vote sowie die Möglichkeit zuzulassen, das Stimmenverhältnis im Urteil bekanntzugeben, mit dem eine Entscheidung getroffen wird.[59] Gerade das Verfahren im Zusammenhang mit dem Grundlagenvertrag zeigte aber auch, daß die Autorität des Bundesverfassungsgerichts kein Garant für eine klare Trennung zwischen juristischen und politischen Gesichtspunkten ist, daß auch sie zur Unterscheidung von politischen Streitigkeiten und politischen Rechtsstreitigkeiten[60] nichts beizutragen vermag.

1. Ein Vorgefecht

Bevor über den Antrag der Bayerischen Landesregierung vom 28. Mai 1973 verhandelt und entschieden wurde, gerieten die Kontrahenten zunächst in einem sogenannten Vorverfahren aneinander. Eröffnet wurde dieses Vorverfahren durch die Bayerische Staatsregierung, die am 22. Mai 1973 einen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel stellte, der Bundesregierung den Austausch der Ratifikationsurkunden zum Grundlagenvertrag bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu untersagen.[61] Aus der Sicht der Bayerischen Staatsregierung war dieser Schritt logisch: "Würde nach der Ratifikation das Bundesverfassungsgericht im Hauptsacheverfahren feststellen, daß das Vertragsgesetz mit dem Grundgesetz nicht vereinbar ist, so müßte der Vertrag unter Verletzung des Grundgesetzes erfüllt werden, denn die Bindung würde durch die Feststellung der Unvereinbarkeit des Vertragsgesetzes mit dem Grundgesetz nicht beeinträchtigt werden."[62] Die nicht unbegründete Sorge der Bayerischen Staatsregierung bestand also darin, daß vollendete Tatsachen geschaffen würden, die

59) § 30 Abs. 2 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, BGBl I 1971 S. 109

60) Diese Unterscheidung wird seit Erscheinen von Friedrich Kleins Schrift "Bundesverfassungsgericht und richterliche Beurteilung politischer Fragen" immer wieder benutzt. Danach werden politische Streitigkeiten nicht nach Rechtsregeln entschieden, weil es sich bei ihnen um Streit um neuen oder Aufrechterhaltung alten Rechts, also um Streit um das Recht handele, während es sich dagegen bei politischen Rechtsstreitigkeiten um Streit nach dem Recht handele. Vergl. ebenda S. 21.

61) "Der Grundlagenvertrag vor dem Bundesverfassungsgericht" (GV) S. 9 ff

62) GV S. 13

nachträglich nicht mehr hätten rückgängig gemacht werden können, weil der Grundlagenvertrag weder eine Kündigungsklausel enthält noch das Bundesverfassungsgericht mit Wirkung für Ostdeutschland entscheiden kann.

Ein Stattgeben dieses Antrages hätte nach Ansicht der Bundesregierung allerdings zu den negativen Konsequenzen führen müssen, die sie durch ihre Ost- und Deutschlandpolitik gerade zu verhindern gesucht hatte. War es doch ihr erklärtes Ziel, im Rahmen der Entspannungspolitik das innerdeutsche Verhältnis durch Abschluß des Grundlagenvertrages zu regeln, bevor Ostdeutschland international anerkannt würde und bevor die KSZE-Verhandlungen auf der Ebene der Außenminister, die für Ende Juni, Anfang Juli 1973 terminiert waren, beginnen würden.[63] Stellt man die regelmäßig lange Dauer von Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht in Rechnung - lediglich die Saar-Entscheidung bildete bis dahin eine Ausnahme -, wären beide Zielsetzungen der Bundesregierung ernsthaft gefährdet gewesen; denn da Ostdeutschland zur Klärung des innerdeutschen Verhältnisses vorerst das Seine beigetragen hatte, bestand für die befreundeten Mächte Westdeutschlands kein Grund mehr, im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen gegen die Aufnahme Ostdeutschlands in die Weltorganisation weiterhin Einwendungen zu erheben bzw. den Zeitpunkt des Beginns der KSZE-Verhandlungen weiter, und zwar für eine ungewisse Zeit, offenzuhalten. Mit anderen Worten: "Im Falle einer einstweiligen Anordnung würde sich die DDR vor einem von ihr schon nicht mehr erwarteten Erfolg ihrer früheren Forderung sehen: sie könnte die Mitgliedschaft in den VN beantragen, ohne daß feststeht, ob der Grundlagenvertrag überhaupt in Kraft treten wird."[64] Den berechtigten Befürchtungen der Bayerischen Staatsregierung standen somit ebenso ernst zu nehmende Sorgen der Bundesregierung gegenüber.

Es bedarf keiner näheren Erörterung, daß die Abwägung dieser Sorgen und Befürchtungen den für abstrakte Normenkontrollklagen

---

63) GV S. 33 ff
64) GB S. 35

zuständigen Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts weniger vor eine juristische als vielmehr vor eine weittragende politische Entscheidung stellte. Wie auch immer diese Entscheidung ausfallen würde, es hätten schwere Nachteile gedroht; entweder in Form der Ratifizierung eines möglicherweise verfassungswidrigen Grundlagenvertrages oder aber durch die internationale Anerkennung Ostdeutschlands ohne vorherige vertragliche innerdeutsche Abmachungen. Der Abwehr schwerer Nachteile dient aber gerade das Institut der einstweiligen Anordnung[65]; ein Teufelskreis, dem der Zweite Senat vergeblich zu entrinnen versuchte.

Vor diesem Bemühen wurde allerdings eine zweite Ebene des Vorverfahrens beschritten. Am 28. Mai 1973 stellte die Bayerische Staatsregierung nämlich einen weiteren Antrag: den Richter Rottmann, Mitglied des Zweiten Senats, wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen.[66] Als Begründung führte sie an, Rottmann habe sich nach einem Bericht der "Badischen Neuesten Nachrichten" auf einer Veranstaltung der Karlsruher FDP positiv über die Ost- und Deutschlandpolitik der sozialliberalen Regierung geäußert, was zu Zweifeln an seiner Unvoreingenommenheit und objektiven Einstellung Anlaß gebe.[67] Da für einen erkrankten oder wegen Befangenheit abgelehnten Bundesverfassungsrichter - anders als bei der sonstigen Gerichtsbarkeit - kein Richter nachrückt, andererseits jeweils vier der acht Richter des Zweiten Senats als Anhänger der sozialliberalen Koalition bzw. der CDU/CSU galten[68], war dieser Schritt der Bayerischen Staatsregierung nur zu durchsichtig. Durch Ausschluß des FDP-Mitgliedes Rottmann sollten die Chancen für den Erlaß der einstweiligen Anordnung erhöht werden, vor allem aber - und das war entscheidender - sollte das Stimmenverhältnis im Hinblick auf das Hauptverfahren zugunsten der zur CDU/CSU tendierenden Richter verändert werden.

---

65) Vergl. § 32 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes.
66) GV S. 407 f
67) GV S. 409
68) Die Richter Seuffert, Hirsch, Rottmann und Rupp wurden als Anhänger der Koalition, die Richter Geiger, Rinck, von Schlabrendorff und Wand als Anhänger der CDU/CSU eingestuft.

Ebenso sahen das sechs der sieben verbleibenden Richter, die über die Befangenheit ihres Kollegen Rottmann zu entscheiden hatten, nur formulierten sie weitaus schärfer: "Das Gericht könnte in die Gefahr geraten, daß durch gezielte Ablehnungsanträge die Richterbank manipuliert wird."[69] Mit diesem Argument, aber auch mit dem Hinweis darauf, daß bei der Ablehnung eines Richters am Bundesverfassungsgericht aufgrund seiner hohen Qualifikation ein besonders anspruchsvoller Maßstab anzulegen und deshalb aus einer politischen Festlegung eines Richters nicht zwingend auf eine bestimmte Rechtsauffassung zu schließen sei[70], wiesen diese sechs Richter den Antrag auf Ablehnung des Richters Rottmann wegen Befangenheit bereits einen Tag später, am 29. Mai 1973, ab. Der siebente Richter schloß sich diesem Ergebnis zwar an, vermochte die Begründung allerdings nicht zu teilen. Er stellte allein auf die Einlassung Rottmanns ab, nach der er auf der betreffenden Parteiveranstaltung einen Informationsvortrag über den Inhalt des Viermächteabkommens und des Grundlagenvertrages gehalten habe, auf die Verfassungsmäßigkeit dieses Vertrages jedoch nicht eingegangen, der Zeitungsbericht insoweit falsch sei.[71]

Ohne Zweifel entsprach die Begründung der verbliebenen Senatsmehrheit dem Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts, "in Unvoreingenommenheit und Objektivität auch in politisch heiß umstrittenen Verfahren"[72] entscheiden zu können. Die zutreffendere Begründung gab jedoch ihr Senatskollege Wand: daß ein am Verfahren Beteiligter bei vernünftiger Würdigung aller Umstände aus einem Informationsvortrag über den Inhalt und die Auswirkungen des Grundlagenvertrages keine Besorgnis der Befangenheit herleiten könne.[73]

---

69) GV S. 417
70) GV S. 416 f
71) GV S. 413 und S. 418
72) GV S. 417
73) Ebenso Schumann JZ 1973 S. 488. Bei der Entscheidung über die Befangenheit eines Richters kommt es nicht darauf an, ob er tatsächlich befangen ist, sondern darauf, ob die ablehnende Prozeßpartei einen vernünftigen Grund hat, seine Unbefangenheit zu bezweifeln; vergl. § 19 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes.

Hatte der Zweite Senat mit dieser von einem zum anderen Tag getroffenen Entscheidung der Manipulation der Richterbank auch vorerst einen Riegel vorgeschoben, so stand er doch nach wie vor vor dem Dilemma, durch die noch ausstehende Entscheidung über den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung so oder so schwere Nachteile nicht abzuwenden, sondern im Gegenteil heraufzubeschwören. Aus dieser Sackgasse sollte die Richter eine Art Doppelstrategie herausführen, wobei Eile geboten erschien. Am selben Tag, an dem der Antrag auf Ablehnung des Richters Rottmanns zurückgewiesen wurde, bestimmte der Zweite Senat als Termin für die Entscheidung über den Grundlagenvertrag den 31. Juli 1973; seine Entschlossenheit, diesen Termin einzuhalten, bekundete er durch die kategorische Feststellung, "auf keinerlei Vertagungswünsche der Parteien einzugehen"[74].

Diese Terminfestsetzung wiederum versuchte der Präsident des Zweiten Senats, Seuffert, der Bundesregierung in einem Gespräch mit dem Bundesminister der Justiz schmackhaft zu machen, d.h. sie sollte sich bereit erklären, mit dem Austausch der Ratifikationsurkunden bis zum 31. Juli 1973 zu warten.[75] So diplomatisch - und für das Gericht vorteilhaft - ein solches formloses Übereinkommen gewesen wäre - hätte es doch die Entscheidung über den Erlaß einer einstweiligen Anordnung überflüssig gemacht -, die Bundesregierung ging darauf nicht ein, konnte es wohl auch nicht, wollte sie ihr immer wieder vorgetragenes Argument der zeitlichen Verschränkung zwischen Grundlagenvertrag und internationaler Politik nicht selbst ad absurdum führen. Ebenso kategorisch wie das Bundesverfassungsgericht verkündete sie vielmehr: "Die Bundesregierung zieht unter keinen Umständen in Erwägung, entsprechend der Frage des Gerichts mit dem Austausch der Ratifikationsurkunden zum Grundlagenvertrag bis zu dem angekündigten Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache - 31. Juli 1973 - zuzuwarten."[76] Damit war das Vorhaben des

74) GV S. 24
75) GV S. 25 und S. 86
76) GV S. 25

Gerichts, die politischen Konsequenzen der verfassungsgerichtlichen Auseinandersetzung um den Grundlagenvertrag auf das Mindestmaß zu reduzieren, nämlich auf die Entscheidung in der Hauptsache, gescheitert mit der negativen Folge, daß sich der Zweite Senat selbst unter Zeitdruck gesetzt hatte.[77)]

Der am 4. Juni 1973 verkündete Beschluß war ein weiterer Beweis für die These, daß der Zweite Senat mit allen Mitteln versuchte, einer definitiven Entscheidung über den Erlaß einer einstweiligen Anordnung aus dem Wege zu gehen, und zwar nicht etwa, weil er sich aufgrund der politischen Brisanz überfordert fühlte[78)], sondern weil er die Verantwortung für die politischen Folgen des Erlasses oder Nichterlasses einer einstweiligen Anordnung nicht zu übernehmen gewillt war. Dafür sollte vielmehr die Regierung einstehen, und zwar um so mehr, als sich im Zweiten Senat zwei gleich starke Gruppen gegenüberstanden, die die Schwere der jeweils drohenden Nachteile unterschiedlich bewerteten. Ergebnis dieser divergierenden Auffassungen war eine der widersprüchlichsten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Einerseits hielten alle acht Richter "derzeit den Erlaß einer einstweiligen Anordnung nicht für 'dringend geboten'", weil weder feststehe, wie rasch das Ratifizierungsverfahren im Blick auf das beim Bundesverfassungsgericht schwebende Verfahren geführt werde, noch absehbar sei, ob die Bundesregierung bereit sein werde, vor dem Urteil des Gerichts in der Hauptsache die Noten auszutauschen.[79)] Vor dem Hintergrund des von der Bundesregierung unzweideutig geäußerten Willens, den Austausch der Noten so rasch wie möglich vorzunehmen, mutete diese Begründung recht unrealistisch an.[80)] Sie ist nur erklärbar aus der nicht

---

77) Scheuner bemerkte zum Vorgehen des Zweiten Senats zutreffend: "Das Gericht hat eine für seine Verhältnisse relativ sehr kurze Frist zur Entscheidung gesetzt. In diesem Zeitraum hätte die Regierung zuwarten sollen. ... Daß das Gericht sich auf Verhandlungen einließ, entspricht einem altgewohnten schlechten Brauch in Karlsruhe, hat aber die Stellung des Gerichts nicht gestärkt."; FAZ vom 19. Juni 1973. Scheuner spielte damit offensichtlich auf das EVG-Verfahren an, an dem er als Gutachter beteiligt war und in dessen Verlauf das Bundesverfassungsgericht in ähnlicher Weise - damals allerdings mit Erfolg - verfuhr.

78) So aber offensichtlich Zippelius JR 1973 S. 407.

79) GV S. 44

80) Tomuschat DÖV 1973 S. 802 weist zu Recht darauf hin, daß die Verkündung des Vertragsgesetzes und der Notenaustausch innerhalb weniger Tage hätten vonstatten gehen können.

beneidenswerten Lage, in der sich das Gericht befand, und mußte als letzter Appell an die Bundesregierung aufgefaßt werden, doch noch auf die Zeitvorstellungen des Zweiten Senats einzugehen.[81)]

Auf der anderen Seite ergänzten die Richter, die selber offensichtlich nur noch geringe Hoffnung auf die Wirksamkeit des Appells setzten, ihren Beschluß um eben jene Entscheidung, die "derzeit" gar nicht erforderlich war. Es kann nur vermutet werden, welchen Zweck die Richter mit diesem ungewöhnlichen Vorgehen verfolgten: das Vorverfahren unabhängig von dem Zeitpunkt des Notenaustausches endgültig zu beenden; denn jeweils vier Richter sprachen sich hypothetisch für den Fall, daß die in der gemeinsam getragenen Begründung erwähnte derzeitige Konstellation keinen Bestand mehr haben sollte, für bzw. gegen den Erlaß einer einstweiligen Anordnung aus. Damit war - so schien es jedenfalls - einem erneuten Antrag der Bayerischen Staatsregierung, der bei der dann geänderten Lage mit Sicherheit zu erwarten war, von vornherein der Boden entzogen, weil bei Stimmengleichheit ein Antrag als abgelehnt gilt.[82)]

Die eine Hälfte des Richterkollegiums, die ihre Sympathie für die Politik der Bundesregierung nicht leugnete, stützte ihre Auffassung wesentlich auf eine Wahrscheinlichkeitstheorie. Im Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Prüfung eines völkerrechtlichen Vertrages habe ein Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung noch niemals Erfolg gehabt. Diese Zurückhaltung des Gerichts bei völkerrechtlichen Verträgen sei auch hier am Platz, weil die summarische Prüfung der bisher vorgebrachten Gründe gegen die Verfassungsmäßigkeit des Grundlagenvertrages es wenig wahrscheinlich erscheinen lasse, daß der Senat zu dem Ergebnis kommen werde, der Vertrag sei mit dem Grundgesetz unvereinbar. Allenfalls könnte die Prüfung ergeben, daß der Vertrag nur in einer bestimmten Auslegung mit

81) Ebenso Friesenhahn ZRP 1973 S. 191.
82) § 15 Abs. 2 S. 4 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes

dem Grundgesetz vereinbar sei, was einem Inkrafttreten vor der endgültigen Entscheidung des Gerichts nicht entgegenstehe. Im übrigen könne das Gericht die politischen Implikationen aus eigener Sachkenntnis nicht ausreichend überschauen, so daß von der Richtigkeit des Vorbringens der Bundesregierung ausgegangen werden müsse, daß eine Verzögerung der Ratifikation die internationale Handlungsfähigkeit Westdeutschlands in Frage stelle. Der Erlaß einer einstweiligen Anordnung könne daher nicht verantwortet werden.[83)]

Dieser Wahrscheinlichkeitstheorie vermochte die andere Hälfte des Senats nicht zu folgen. In den Augen dieser vier Richter bedeutete es vielmehr einen schweren Nachteil, wenn ein völkerrechtlicher Vertrag in Kraft trete, bevor im Rechtsstaat das in der Verfassung zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Vertragsgesetzes zuständige und angerufene Verfassungsorgan zur Sache entschieden habe. Oberste Verfassungsorgane hätten von Verfassungs wegen aufeinander Rücksicht zu nehmen, und diese rechtlich gebotene Rücksichtnahme könne durch keinerlei politische Erwägungen überwunden werden. Ein weiterer schwerer Nachteil liege in der völkerrechtlichen Folge, die mit der dem Urteil in der Hauptsache vorausgegangenen Ratifikation notwendigerweise verbunden sei: Dem Vertragspartner gegenüber könne der Ausspruch des Gerichts, der nicht nur die Verfassungsmäßigkeit oder Verfassungswidrigkeit, sondern auch eine verfassungskonforme Auslegung zum Inhalt haben könne und der innerstaatlich für alle Organe Westdeutschlands verbindlich sei, nicht entgegengehalten werden, weil ihm der mit der Ratifikation verbundene Vertrauensschutz zustatten komme. Im Vergleich zu diesen Nachteilen stelle die kurzfristige Verzögerung der Ratifikation bis zum 31. Juli 1973 einen vergleichsweise geringen Nachteil dar, zumal die Bundesregierung bei ihren Partnern auf internationaler Ebene bei entsprechenden Anstrengungen sicherlich auf Verständnis für die nach dem westdeutschen Verfassungsrecht entstandene Lage rechnen könne. Daher sei eine einstweilige Anordnung zur Ab-

83) GV S. 41 f

wehr schwerer Nachteile dringend geboten, sobald die Bundesregierung erkennen lasse, daß sie den Notenaustausch vor dem 1. August 1973 vollziehen werde.[84)]

Dieser Beschluß in drei Teilen wurde mit harscher Kritik bedacht. Die Richter hätten es nicht vermocht, zwischen ihren eigenen politischen Vorurteilen und dem emotionslosen Abwägen der Vor- und Nachteile einer einstweiligen Anordnung zu trennen. Dieses Unvermögen bewiesen vor allem jene vier Richter, die den Erlaß einer einstweiligen Anordnung in jedem Fall für nicht geboten hielten, weil ihre Begründung von der bisherigen Rechtsprechung in eklatanter Weise abweiche; denn weder könne aus der bisherigen Praxis, nach der eine einstweilige Anordnung im Zusammenhang mit völkerrechtlichen Verträgen noch niemals erlassen worden sei, auf dasselbe Ergebnis im Zusammenhang mit dem Grundlagenvertrag geschlossen werden, noch sei im Vorverfahren die - auch nicht summarische - Prüfung der Gründe zulässig, die gegen die Verfassungsmäßigkeit vorgebracht würden. Nach der Ablehnung des Erlasses einer einstweiligen Anordnung werde das Urteil im Hauptverfahren, da mit dem Austausch der Ratifikationsurkunden nunmehr vor dem 31. Juli 1973 zu rechnen sei, einen "Zug existentieller Sinnlosigkeit"[85)] haben.

So zutreffend diese kritischen Anmerkungen waren, sie ließen doch zweierlei außer acht. Einmal wendet ein Gericht bei der Prüfung, ob eine einstweilige Anordnung geboten ist, keine Rechtsnormen an, sondern es bewegt sich auf dem weiten Feld der Wertung. Hier ging es um die Bewertung politischer Folgen. Was den Politikern aber recht war, nämlich die möglicherweise eintretenden Folgen eines Aufschubs des Austausches der Ratifikationsurkunden unterschiedlich zu bewerten, mußte den Richtern, wo Rechtsnormen ihnen weder eine Hilfe waren noch eine verbindliche Entscheidung vorschrieben, billig sein. Daß ihre Wertung entsprechend ihrem politischen Standort ausfiel, war daher nur natürlich und ihnen kaum zum Vorwurf zu machen.

---

84) GV S. 42 ff
85) So die FAZ vom 9. Juni 1973.

Zum anderen ging bei dieser Kritik völlig unter, daß das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung über das Inkrafttreten des Grundlagenvertrages dort beließ, wo sie in einer parlamentarischen Demokratie hingehört, nämlich bei der Legislative bzw. Exekutive, die für die Regelung der Beziehungen zu anderen Staaten zuständig sind und ihre Entscheidungen vor dem Wähler vertreten müssen.[86] Insofern war der widersprüchliche Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zumindest im Ergebnis der Ausdruck des vom ihm selbst propagierten judicial self-restraint. Nur die mehr oder weniger von juristischer Warte aus vorgebrachte Kritik, die in der Sorge um die Unabhängigkeit des Gerichts ihren Grund hatte, konnte dieses positive Moment übersehen. Es bleibt daher allein der Vorwurf, daß sich das Gericht nicht ohne Wenn und Aber zu seinem 4:4-Votum bekannt und statt dessen - wie sich bald herausstellte: vergeblich - die Rücksichtnahme der Bundesregierung anderen Verfassungsorganen gegenüber ins Spiel gebracht hat.

Das geteilte richterliche Votum veranlaßte die Adressaten zu unterschiedlichem Verhalten. Was die Bundesregierung anlangte, so forcierte sie im Vertrauen auf die von vier Richtern signalisierte Bereitschaft, den Grundlagenvertrag in jedem Fall für verfassungsgemäß zu erklären, den Austausch der Ratifikationsurkunden. Nachdem der Bundespräsident das Vertragsgesetz zum Grundlagenvertrag am 6. Juni 1973 unterzeichnet hatte, legte sie in Absprache mit der ostdeutschen Regierung den Zeitpunkt für den Notenaustausch auf den 20. Juni 1973 fest, so daß der Grundlagenvertrag am darauffolgenden Tag in Kraft treten konnte. Für diese Terminfestsetzung konnten Gründe angeführt werden. Einerseits hatte Ostdeutschland am 30. Mai 1973 unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß es ohne Rücksicht auf das Verfahren in Karlsruhe seinerseits innerhalb kürzester Frist die Ratifikation des Grundlagenvertrages abschließen und die Aufnahme in die Vereinten Nationen beantragen würde[87], andererseits wollte der Weltsicherheits-

86) Zu einer ähnlichen Einschätzung kommt Leicht "Grundgesetz und politische Praxis" S. 102.

87) Vergl. den Bericht des "Spiegel" vom 4. Juni 1973.

rat am 21. Juni 1973 über die Aufnahme neuer Mitglieder in die Vereinten Nationen entscheiden.[88] Die Aufnahme Ostdeutschlands sollte aber gleichzeitig mit der Westdeutschlands erfolgen, darüber hinaus sollte vor der mit der Aufnahme in die Vereinten Nationen verbundenen internationalen Anerkennung Ostdeutschlands nach den wiederholten Bekundungen der Bundesregierung der Grundlagenvertrag in Kraft treten, d.h. die nach ihrer Ansicht zwischen Ost- und Westdeutschland bestehenden besonderen Beziehungen weltweit dokumentiert werden. Diesem sich selbst auferlegten Zugzwang konnte die Bundesregierung nur gerecht werden, indem sie den Aufnahmeantrag Ostdeutschlands vom 12. Juni 1973 postwendend mit demselben Schritt beantwortete[89] und gleichzeitig das Inkrafttreten des Grundlagenvertrages vor der Entscheidung des Weltsicherheitsrats sicherstellte.

Damit war die Konstellation eingetreten, die nach der Auffassung von vier Richtern den Erlaß einer einstweiligen Anordnung dringend geboten erscheinen ließ. Folgerichtig stellte die Bayerische Staatsregierung am 13. Juni 1973 erneut einen solchen Antrag mit dem Ziel, den für den 20. Juni 1973 vorgesehenen Notenaustausch "auszusetzen, bis über den Antrag der Bayerischen Staatsregierung auf Feststellung, daß das angeführte Vertragsgesetz mit dem Grundgesetz nicht vereinbar und deshalb nichtig ist, entschieden ist"[90]. Da jedoch bei den gegebenen Mehrheitsverhältnissen im Zweiten Senat keine Aussicht bestand, daß dieser Antrag positiv beschieden würde, wiederholte die Landesregierung zwei Tage später ihren Antrag, den Richter Rottmann wegen Befangenheit abzulehnen.[91]

Zustatten kam ihr bei diesem erneuten Betreten der zweiten Ebene des Vorverfahrens der Umstand, daß in der Zwischenzeit ein Privatbrief Rottmanns vom 7. Mai 1973 an den ehemaligen baden-württembergischen NPD-Landtagsabgeordneten Gutmann an die

88) GV S. 55
89) Ebenfalls am 12. Juni 1973.
90) GV S. 47
91) GV S. 420

Presse gelangt und veröffentlicht worden war[92], in dem er mit Bezug auf seinen Karlsruher Vortrag erklärt hatte, daß der Zeitungsartikel der "Badischen Neuesten Nachrichten" mit einigen Vergröberungen die Ergebnisse seiner Untersuchung zutreffend wiedergebe. Nach einer positiven Würdigung der Ost- und Deutschlandpolitik der sozialliberalen Koalition schloß dieser Brief Rottmanns mit den Sätzen: "Durch die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, daß das Deutsche Reich de jure besteht, wird die Welt nicht verändert. Die Entscheidung über die Existenz eines Staates trifft nicht ein Gericht, sondern die internationale Staatengemeinschaft. Um es ganz deutlich zu sagen: Die Äußerungen des Gerichts, die 15 bis 20 Jahre zurückliegen, hielten sich damals noch im Rahmen der vertretbaren Rechtstheorie. Diese Theorie ist durch die fortschreitende Entwicklung in der politischen Realität leider weggefegt worden."[93]

Die Kontrahenten befanden sich nach drei Wochen also wieder in der Ausgangsposition, wobei die Beteiligten zu gleichen Teilen Verantwortung für diese Entwicklung trugen: die Bundesregierung, weil sie zu keinem Nachgeben in der Zeitfrage bereit war, obwohl die Entscheidung über die Aufnahme der beiden deutschen Staaten in die Vereinten Nationen mit Unterstützung der Westmächte sicherlich hätte aufgeschoben und auf der KSZE-Konferenz durch eine entsprechende Vorbehaltserklärung hätte gewährleistet werden können, daß aus der gleichzeitigen Teilnahme von Ost- und Westdeutschland an dieser Konferenz keine völkerrechtliche Anerkennung Ostdeutschlands hergeleitet werden könne[94]; die Bayerische Staatsregierung, weil sie nicht davon abließ, die auf parlamentarischer Ebene erlittene Niederlage auf verfassungsgerichtlicher Ebene wettzumachen; das Bundesverfassungsgericht schließlich, das mit seinem widersprüchlichen Beschluß beides geradezu herausgefordert hatte.[95] Alle drei beteiligten Organe konnten

92) "Die Welt" vom 14. Juni 1973
93) GV S. 422 f
94) So argumentierte insbesondere die Bayerische Staatsregierung, GV S. 51 f.
95) Ebenso Tomuschat aaO S. 802.

mit Fug und Recht für sich in Anspruch nehmen, gesetzmäßig zu handeln, und gleichwohl machte gerade das Vorverfahren zusehends deutlicher, wie fragwürdig die Berufung eben hierauf war.

Angesichts des auf den 20. Juni 1973 terminierten Austausches der Ratifikationsurkunden mußten die fälligen Entscheidungen rasch getroffen werden, was dem Zweiten Senat allerdings auch nicht schwerfiel, da mit Ausnahme des Privatbriefes des Richters Rottmann keine neuen Gesichtspunkte aufgetreten waren. Mit 4:3 Stimmen gab er am 16. Juni 1973 zunächst dem Antrag statt, Rottmann vom weiteren Verfahren auszuschliessen. Zwar berief sich die Mehrheit der sieben verbliebenen Richter auf die in dem Beschluß vom 29. Mai 1973 niedergelegten Grundsätze - es bestehe die Gefahr der Manipulation der Richterbank, darüber hinaus müßten die Ablehnungsgründe von besonders gravierendem Gewicht sein -, kam aber gleichwohl zu dem Schluß, daß ihr Senatskollege befangen sei, weil er sich nicht auf politische Argumentationen und Wertungen beschränkt, sondern auch rechtliche Auffassungen geäußert habe, wie sein Brief vom 7. Mai 1973 zeige. Da die darin angesprochene Frage des Fortbestandes des Deutschen Reiches im Zusammenhang mit der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Grundlagenvertrages von entscheidender Bedeutung sein könne, die Bayerische Staatsregierung andererseits eine konträre Auffassung zum Fortbestand vertrete, seien Zweifel an der Unvoreingenommenheit und Objektivität des Richters Rottmann angebracht.[96)]

Die Minderheit des Zweiten Senats hielt den erneuten Ablehnungsantrag nicht nur für unbegründet, sondern sogar für unzulässig, weil er auf keine für die Frage der Befangenheit relevanten Tatsachen gestützt werden könne, die der Landesregierung nicht schon zum Zeitpunkt des Beschlusses vom 29. Mai 1973 bekannt gewesen seien. Auch der Brief Rottmanns enthalte solche neuen Gesichtspunkte nicht, da in ihm ebensowenig wie

96) GV S. 437 f

seinerzeit in dem Vortrag auf die Verfassungsmäßigkeit des Grundlagenvertrages eingegangen werde, Rottmann vielmehr ausdrücklich erklärt habe, daß er die Rechtsfrage des Fortbestandes des Deutschen Reiches nicht als eine Frage der Verfassungsmäßigkeit des Grundlagenvertrages ansehe. Die Mehrheitsmeinung führe im übrigen im Endergebnis entweder dazu, daß durch gezielte Ablehnungsanträge die Zusammensetzung des Richterkollegiums jederzeit manipuliert werden könne, oder aber habe notwendigerweise zur Konsequenz, daß sich in Zukunft kein Verfassungsrichter mehr mündlich oder schriftlich zu rechtlichen oder politischen Fragen äußern könne, was ihm jedoch nach dem Gesetz ausdrücklich freigestellt sei.[97)]

Wenn man einmal von der Gebotenheit der Verwertung eines Privatbriefes zur Feststellung der Befangenheit absieht[98)], sprach sicherlich mehr für als gegen die Befangenheit Rottmanns; denn die Identitäts- und Kontinuitätsthese ist mit der Anerkennung von zwei Staaten in Deutschland nicht in Einklang zu bringen. Ein Richter aber, der von eben dieser Identitätsthese sagt, sie sei Wunschdenken und vernebele die politische Realität[99)], ist in einer Rechtsfrage, die für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Grundlagenvertrages sehr wohl von Relevanz war, voreingenommen. Wenn trotz dieses Sachverhalts, der erst nach dem Beschluß vom 29. Mai 1973 publik wurde, die Mehrheit der Richter ihre Begründung mit dem ungewöhnlichen Satz schloß, es müsse in Kauf genommen werden, daß die Ablehnung Rottmanns Mißdeutungen erfahren werde[100)], so geschah das weniger, weil der Zweite Senat in knapp drei Wochen zwei unterschiedliche Entscheidungen in derselben Sache getroffen hatte, sondern wegen der Mehrheiten;

---

97) GV S. 438 f. Die Minderheit zielte auf § 18 Abs. 3 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes ab, wonach eine Befangenheit ausgeschlossen ist, wenn sich ein Verfassungsrichter im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens oder einer wissenschaftlichen Abhandlung zu einer Rechtsfrage geäußert hat, die für das Verfahren bedeutsam sein kann.

98) Kritisch dazu Schumann aaO S. 486. Auch der betroffene Richter machte aus seiner Verwunderung keinen Hehl, als er, wenn auch zurückhaltend, formulierte: "In meinem privaten, nicht zur Veröffentlichung bestimmten Brief ..."; vergl. GV S. 434.

99) So Rottmann in dem erwähnten Brief, GV S. 422.

100) GV S. 438

denn diejenigen Richter, die mit der Opposition sympathisierten, sprachen sich für, die zur Regierungskoalition tendierenden verbliebenen drei Richter gegen die Befangenheit aus. Der aus politischen Divergenzen herrührende Riß innerhalb des Zweiten Senats schien unüberbrückbar geworden zu sein, was erneut Anlaß zu herber Kritik bot, die in dem Vorwurf gipfelte, daß nicht nur der Richter Rottmann, sondern alle acht Richter befangen seien.[101] Innerhalb weniger Wochen waren der Reputation des Bundesverfassungsgerichts als eines überparteilichen Verfassungsorgans tiefe Kratzer zugefügt worden.

Das müssen schließlich auch die sieben verbliebenen Richter des Zweiten Senats so empfunden haben; denn zu aller Überraschung wiesen sie den zweiten Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung am 18. Juni 1973 einstimmig zurück. Hatten noch 14 Tage zuvor vier Richter diesen Erlaß grundsätzlich für geboten gehalten, kam nunmehr der gesamte Senat zu dem Ergebnis: "In Abwägung der dargestellten Nachteile überwiegen die mit dem Erlaß einer einstweiligen Anordnung verbundenen Nachteile."[102] Die "dargestellten Nachteile" hatten sich in der Zwischenzeit um keinen Deut geändert: auf der einen Seite bei Ablehnung des Erlasses die Inkaufnahme des Inkrafttretens eines möglicherweise verfassungswidrigen Grundlagenvertrags, auf der anderen Seite beim Erlaß die Gefahr, daß der Zusammenhang, der zwischen dem Eintritt von West- und Ostdeutschland in die Vereinten Nationen und dem Grundlagenvertrag bestand, nicht gewährleistet werden könnte.

Um so erstaunlicher war dieses einstimmige Ergebnis, als die Richter ausdrücklich feststellten, daß sich nicht absehen lasse, welche politischen Risiken mit einer Verzögerung des Inkrafttretens verbunden wären, ja sich nicht einmal die Wahrscheinlichkeit der Entwicklung kalkulieren lasse.[103] Auch das stand im auffälligen Gegensatz zu dem Votum der erwähnten vier Richter, hatten sie sich doch zwei Wochen zuvor noch so-

101) Vergl. "Der Spiegel", FAZ, SZ und FR jeweils vom 18. Juni 1973.
102) GV S. 72
103) Ebenda

viel Übersichtsvermögen zugebilligt, um urteilen zu können, "weder der Plan der Teilnahme beider Staaten an der bevorstehenden Konferenz für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa noch das Einvernehmen über die gleichzeitige Aufnahme beider Staaten in die Vereinten Nationen" brauchten gefährdet zu werden.[104)]

Was bewirkte diesen Sinneswandel von vier Richtern und damit die Rückkehr zur Geschlossenheit des Zweiten Senats? Wohl kaum die kurzfristig anberaumte geheime mündliche Verhandlung - ein Novum in der Geschichte des Bundesverfassungsgerichts[105)] -, auf der die Vertreter der Bundesregierung, allen voran Egon Bahr, nochmals die Notwendigkeit des unverzüglichen Inkrafttretens des Grundlagenvertrages geltend gemacht, jedoch keine neuen Tatsachen angeführt hatten, die zu einer anderen Beurteilung hätten führen müssen.[106)] Einen Grund dagegen gaben die Richter in dem Urteil vom 18. Juni 1973 selbst an; darüber hinaus drängen sich zwei Hypothesen auf, die durch den Ablauf des Vorverfahrens wie auch durch das Urteil im Hauptverfahren einen hohen Grad an Wahrscheinlichkeit gewinnen.

Zunächst versah der Zweite Senat sein Urteil mit unverhohlener Kritik an der Bundesregierung, die zugleich als Entschuldigung für seine nunmehr gezeigte richterliche Selbstbeschränkung gelten mußte. Mit der Entscheidung des Grundgesetzes für die Verfassungsgerichtsbarkeit sei es unvereinbar, daß die Exekutive ein beim Bundesverfassungsgericht anhängiges Verfahren überspiele und durch eine Maßnahme endgültig das Urteil dieses Gerichts um einen Teil seiner Wirkung bringe; soweit das Bundesverfassungsgericht auf den Erlaß einer einstweiligen Anordnung verzichte, liege es in der Verantwortung der Bundesregierung, wenn sie es gleichwohl tue.[107)] Obwohl also der Zweite Senat die Möglichkeit hatte, dieses Überspie-

104) GV S. 44
105) Sie fand am 16. Juni 1973 statt und wurde auf Wunsch der Bundesregierung für geheim erklärt; GV S. 59 f.
106) Das geht aus dem Urteil vom 18. Juni 1973 unschwer hervor. Vergl. im übrigen zu der nicht öffentlichen Sitzung des Bundesverfassungsgerichts die Berichte der FAZ vom 22. Juni 1973 sowie des "Spiegel" vom 25. Juni 1973.
107) GV S. 72 f

len durch den Erlaß einer einstweiligen Anordnung zu verhindern[108], wiederholte er den bereits zweimal vergeblich an die Bundesregierung gerichteten Appell, mit dem Austausch der Ratifikationsurkunden zu warten. Damit bestätigte sich, was bereits im Zusammenhang mit der Ablehnung des ersten Antrags - wenn auch nicht unzweifelhaft - deutlich geworden war: Das Bundesverfassungsgericht war zwar bereit, die Verantwortung für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Grundlagenvertrages zu übernehmen, wobei es davon ausgehen konnte, daß die Bundesregierung für die politischen Folgen dieses Urteils auf internationaler Ebene hätte einstehen müssen, weil sie entsprechend diesem Urteil hätte handeln, schlimmstenfalls gegenüber ihrem Vertragspartner hätte einräumen müssen, daß sie einen verfassungswidrigen Vertrag abgeschlossen habe. Das Gericht sträubte sich hingegen, unmittelbar für die politischen Wirkungen verantwortlich gemacht zu werden, die mit dem Erlaß einer einstweiligen Anordnung verbunden gewesen wären und die nicht der Bundesregierung hätten angelastet werden können, weil sie durch eine solche Maßnahme - im Gegensatz zu den Wirkungen des Urteils in der Hauptsache - zur Untätigkeit gezwungen worden wäre. Auf eine Kurzform gebracht: Das Gericht wollte nur die juristische, nicht aber die politische Verantwortung übernehmen. Darin waren sich, wie aus dem Urteil vom 18. Juni 1973 hervorgeht, alle Richter einig, und daher das einstimmige Ergebnis.

Darüber hinaus hat sicherlich auch die massive Schelte, die vor allem die Unparteilichkeit der Richter in Zweifel zog, zum Meinungswandel beigetragen. Dafür spricht nicht zuletzt der Umstand, daß die drei mit der Koalition sympathisierenden Richter mit keinem Wort mehr den voraussichtlichen Ausgang des Hauptverfahrens erwähnten, der doch zwei Wochen vorher ein wesentliches Argument für ihre Ablehnung des ersten Antrages der Bayerischen Staatsregierung war. Dieses Motiv war zwar mehr psychologischer denn juristischer Art. Darauf konnte es aber um so weniger ankommen, als es galt, endlich

108) Vor allem Friesenhahn aaO S. 188 machte sich diesen Vorwurf des Überspielens zu eigen und sprach gar vom "Ausmanövrieren" des höchsten Gerichts durch die Bundesregierung. Verständlich ist diese bittere Kritik wohl nur vor dem Hintergrund, daß Friesenhahn selbst einmal Richter am Bundesverfassungsgericht war. Kriele ZRP 1973 S. 194 wies dann auch zu Recht darauf hin, daß das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung frei gewesen sei.

Unparteilichkeit zu demonstrieren und verlorengegangene Reputation zurückzugewinnen.

Schließlich ist zu vermuten, daß das einstimmige Urteil auch das Ergebnis einer Art Kompensationsgeschäft innerhalb des Richterkollegiums war; denn wie sich zeigte, erging auch das Urteil in der Hauptsache einstimmig. Dieses beiderseitige Zurückgehen von den offenbar gewordenen politischen Auffassungen fiel den Richtern auch deshalb nicht so schwer, weil im Hauptverfahren nicht nur die Alternative "verfassungsgemäß" oder "verfassungswidrig" zur Diskussion stand, sondern alle Richter darüber hinaus die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung angedeutet hatten, d.h. die Auslegung des Grundlagenvertrages in einem konkret umrissenen Verständnis.[109] Steckten die vier zur Opposition neigenden Richter in dem Urteil vom 18. Juni 1973 mehr zurück, so sollte das für die drei zur Koalition neigenden Richter in dem Urteil zur Hauptsache gelten.

Mit der endgültigen Zurückweisung des Antrags der Bayerischen Staatsregierung auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung war das Vorverfahren beendet, sieht man einmal davon ab, daß das Verhältnis von Bundesregierung und Bundesverfassungsgericht durch die Kolportage nicht druckreifer Worte eines führenden Politikers der SPD an die Adresse Karlsruhes noch einmal kurzzeitig belastet wurde.[110] Die Bundesregierung hatte grünes Licht für den Austausch der Ratifikationsurkunden erhalten,

---

109) GV S. 41. Vor allem die vier Richter, die zunächst den Erlaß einer einstweiligen Anordnung grundsätzlich für geboten gehalten hatten, faßten diese Möglichkeit wohl von vornherein ins Auge, wie ihre Formulierung vom 4. Juni 1973 zeigte: "Es besteht nicht nur die - noch offene - Alternative, daß das Vertragsgesetz mit dem Grundgesetz vereinbar ist oder nicht vereinbar ist, sondern noch die dritte Möglichkeit, daß das Vertragsgesetz in dem einen oder anderen Punkt in einer bestimmten Auslegung (bei verfassungskonformer Auslegung) mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Diese Frage ist im Augenblick, wenn der Ausdruck erlaubt ist, 'noch offener' als die vorangestellte Alternative." Vergl. GV S. 43.

110) Dieser unbekannt gebliebene Politiker soll geäußert haben, man werde sich nicht "von den acht Arschlöchern in Karlsruhe" die Ostpolitik kaputtmachen lassen. Die Bundesregierung bestritt nachdrücklich, daß diese Worte vom Bundeskanzler oder einem Bundesminister stammten. In einer gemeinsamen Erklärung des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesministers der Justiz wurde die Sache schließlich für erledigt erklärt. Vergl. FAZ vom 27. Juni und 14. Juli 1973 sowie die Antworten des Parlamentarischen Staatssekretärs Ravens auf entsprechende schriftliche Anfragen von Oppositionspolitikern, Drucksache 7/893 S. 2 f.

das Bundesverfassungsgericht hatte seine Entscheidung in der Hauptsache zumindest insoweit entwertet, als es keinen Einfluß mehr auf die Gültigkeit des Grundlagenvertrages haben konnte.[111)]

So sehr dieses Ergebnis vor dem Hintergrund der Kompetenz für den Abschluß völkerrechtlicher Verträge zu begrüßen war, so sehr mußte dieses Vorgefecht doch auch nachdenklich stimmen; denn die kurze Periode der dissenting votes im Rahmen der Deutschland-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die mit dem Urteil vom 18. Juni 1973 zu Ende ging, hatte mit aller Schärfe offenbart, daß seine Entscheidungen, soweit nicht schon eine ständige Rechtsprechung den Entscheidungsspielraum einengt, nicht allein Ausfluß juristischer Urteilsfähigkeit sind, sondern wesentlich von dem politischen Vor-Urteil der jeweiligen Richter beeinflußt werden. Weil dieser Zusammenhang, dieses Spannungsverhältnis zwischen juristisch und politisch motivierten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nicht geleugnet werden kann, war es letztlich auch überfordert, die ihm in diesem Vorgefecht zufallende Rolle des neutralen Dritten souverän und wirkungsvoll auszufüllen. "Jene innere Unabhängigkeit und Distanz zu den rechtsuchenden Parteien"[112)], die das Gericht sich selbst zugeschrieben hat, besaß es im Vorverfahren dieses "Staatsprozesses"[113)] eben nicht, was zur Folge hatte, daß es zwar in medias res politicas agierte, an der ihm von Dritten aufgezwungenen Aufgabe aber schließlich scheiterte.

---

111) Das für den 31. Juli 1973 terminierte Urteil in der Hauptsache wurde deshalb schon vorab mit wenig schmeichelhaften Prädikaten wie "wirkungslose Seminararbeit" und "leere Deklamation" bedacht; vergl. Friesenhahn aaO S. 189 und 193.

112) GV S. 417

113) Diesen Begriff führte das Bundesverfassungsgericht in dem Vorverfahren selbst ein, wohl um damit die politische Bedeutsamkeit dieses Verfahrens zu charakterisieren; GV S. 417. Bedenkt man allerdings, daß ein Prozeß das Vorhandensein eines Klägers sowie eines Beklagten voraussetzt, das abstrakte Normenkontrollverfahren jedoch nur einen Antragsteller kennt, erscheint dieser Begriff recht fragwürdig.

2. Das Deutschlandbild des Bundesverfassungsgerichts

Erst zum Ende des Vorverfahrens scheint den Richtern des Zweiten Senats in aller Schärfe bewußt geworden zu sein, daß die Kontroverse um den Grundlagenvertrag nicht nur eine politische Dimension besaß, sondern im Lichte der bisherigen Deutschland-Rechtsprechung auch eine spezifisch verfassungsgerichtliche. Jetzt erkannten sie, daß das Bundesverfassungsgericht in den 50er Jahren ohne Not politische Ansprüche und Forderungen auf die Ebene des Rechts gehoben hatte, daß sie durch die Normenkontrollklage der Bayerischen Staatsregierung in eine schier ausweglose Lage gebracht worden waren; denn einerseits war der Grundlagenvertrag mit der bisherigen Deutschland-Rechtsprechung nicht in Übereinstimmung zu bringen, nach der Ostdeutschland die Staatsqualität abgesprochen und als ein Regime qualifiziert worden war, das auf dem Territorium des mit dem Deutschen Reich identischen westdeutschen Staates existiert. Die Konsequenz dieses Befundes hätte sein müssen, den Grundlagenvertrag mit dem Signum der Verfassungswidrigkeit zu belegen. Eben das aber, einen völkerrechtlichen Vertrag für verfassungswidrig zu erklären, hatte das Bundesverfassungsgericht andererseits in der Vergangenheit nicht ein einziges Mal getan. Zwei Kontinuitäten der Rechtsprechung standen somit im Widerspruch zueinander.

Angesichts dieses Widerspruchs hätte es nahegelegen, sich für die eine der Kontinuitäten zu entscheiden, d.h. den Grundlagenvertrag trotz entgegenstehender bisheriger Rechtsprechung gleichwohl für verfassungsgemäß zu erklären - und damit der Praxis des Bundesverfassungsgerichts zu folgen, Völkerrechtsverträgen a priori Verfassungsmäßigkeit zu attestieren - oder aber an der reinen Deutschlandlehre festzuhalten und die Verfassungswidrigkeit festzustellen. Obwohl es für den ersten Weg vertretbare Gründe gab, nämlich die Veränderung der politischen Realitäten im Laufe von mehr als zwei Jahrzehnten, und obgleich das Bundesverfassungsgericht schon einmal auf eben solche Realitäten zurückgegriffen hatte, nämlich

als es darum ging, die Kongruenz von Saarstatut und Grundgesetz zu begründen, versuchte der Zweite Senat das Unmögliche. Er nahm weder eine Kurskorrektur seiner bisherigen Rechtsprechung vor noch erklärte er den Grundlagenvertrag für verfassungswidrig, sondern die verfassungsgerichtliche These der Identität und die politische Antithese der Nichtidentität wurden in einer Synthese aufgehoben, die ebenso wie die letzte Entscheidung im Vorverfahren die Zustimmung aller Richter fand.

Bereits in der Entscheidungsformel des Urteils zum Grundlagenvertrag schlug sich der Versuch des Richterkollegiums nieder, das Unvereinbare miteinander in Einklang zu bringen; denn der Tenor, daß der Grundlagenvertrag mit dem Grundgesetz vereinbar sei, wurde mit der gewichtigen Einschränkung versehen: "in der sich aus den Gründen ergebenden Auslegung"[114]. Diese Formulierung bedeutete ein Abweichen von den sonst üblichen Varianten des Tenors, in denen entweder generell festgestellt wird, daß ein Gesetz bzw. Vertrag nicht gegen das Grundgesetz verstoße, oder aber die spezifischen Grundgesetzverstöße einzeln aufgezählt werden.[115] Die entscheidende Frage lautet daher: Welches waren diese Gründe, d.h. bei Zugrundelegung welchen Deutschlandbildes hatten der Grundlagenvertrag und damit die Deutschlandpolitik der sozialliberalen Bundesregierung vor dem Grundgesetz Bestand?

Bevor der Zweite Senat daranging, Antwort auf diese Frage zu geben, wandte er sich zunächst in einer Art Vorspann mit Nachdruck gegen die Abkehr von dem bis 1969 in Westdeutschland allgemein herrschenden Verständnis von Deutschland. Auch im Jahre 1973 gelte, daß das Deutsche Reich fortexistiere und nach wie vor Rechtsfähigkeit besitze, möge es auch wegen mangelnder Organisation als Gesamtstaat handlungsunfähig sein. Die Bundesrepublik Deutschland sei keine neue Staats-

114) GV S. 384

115) Der Tenor des Saar-Urteils lautete z.B.: "Das Bundesgesetz vom 24. März 1955 betreffend das am 23. Oktober 1954 in Paris unterzeichnete Abkommen über das Statut der Saar verstößt nicht gegen das Grundgesetz." BVerfGE 4 S. 157.

gründung und daher auch nicht Rechtsnachfolgerin dieses Gesamtstaates, sondern mit dem Staat Deutsches Reich identisch, in bezug auf seine räumliche Ausdehnung allerdings nur teilidentisch. Sie umfasse, was ihr Staatsvolk und Staatsgebiet anlange, nicht das ganze Deutschland, sondern sie beschränke ihre Hoheitsgewalt auf den Geltungsbereich des Grundgesetzes, fühle sich aber gleichzeitig verantwortlich für das ganze Deutschland. Wie die Bundesrepublik Deutschland so gehöre auch die Deutsche Demokratische Republik zu Deutschland, beide könnten im Verhältnis zueinander nicht als Ausland angesehen werden.

Bezüglich Berlin wurde das bekannte Postulat erneuert, daß die Bundesrepublik Deutschland aus den in Art. 23 genannten Ländern einschließlich Berlin bestehe. Der Status Berlins sei durch den sogenannten Vorbehalt der Militärgouverneure der Westmächte nur gemindert und belastet.

Schließlich wurde die rechtliche Verbindlichkeit des Wiedervereinigungsgebotes bei nahezu wörtlicher Wiederholung der maßgeblichen Passage aus dem KPD-Urteil nicht nur bekräftigt, sondern es wurde darüber hinaus als ein Rechtstitel aus dem Grundgesetz qualifiziert, auf den kein Verfassungsorgan verzichten dürfe. Zwar könne man sich mit politischen Realitäten abfinden, d.h. von einem Rechtstitel derzeit oder für absehbare Zeit keinen Gebrauch machen. Unabhängig von dieser politischen Entscheidung verlange das Grundgesetz jedoch, daß kein in ihm begründeter Rechtstitel preisgegeben werde, mittels dessen die Bundesrepublik Deutschland jetzt oder später in Richtung auf die Vewirklichung der Wiedervereinigung und Selbstbestimmung aller Deutschen wirken könne.[116)]

Diese Vorstellungen entsprachen exakt jenem Deutschlandbild, das in der ersten Phase der Deutschland-Rechtsprechung entwickelt und in der zweiten Phase beibehalten worden war. Zu dieser Feststellung stehen weder die Metamorphose des Wieder-

116) GV S. 392 f

vereinigungsgebots von einer Rechtspflicht in einen unverzichtbaren Rechtstitel im Widerspruch - ist doch der Kern beider Begriffe der Gedanke des Wiedervereinigungsbehinderungsverbotes - noch die Verkürzung der Identität auf die Teilidentität, die für einige Irritation sorgte[117], tatsächlich aber nur die Wiederholung einer Wortschöpfung aus dem Jahre 1962 war.[118] Wenn es sich aber lediglich um eine Wiederholung handelte, konnte das Nebeneinander von Identität und Teilidentität im Jahre 1973 auch nur die Bedeutung haben, die schon damals galt: daß der deutsche Gesamtstaat weiterhin bestehe und mit ihm der westdeutsche Staat rechtlich und geographisch identisch sei, seine Hoheitsgewalt wegen entgegenstehender Machtverhältnisse jedoch auf den Geltungsbereich des Grundgesetzes beschränke, d.h. seiner Hoheitsgewalt nur ein Teil des Staatsgebietes wie des Staatsvolks unterworfen sei.

Da dieser Vorspann somit lediglich bekannte Positionen enthielt, war es geradezu selbstverständlich, daß eine Auseinandersetzung mit den Grundgesetznormen, denen dieses Deutschlandbild hätte entnommen werden können, unterblieb und statt dessen - wie das auch in den 60er Jahren geschah - zur Untermauerung der Thesen auf die in den 50er Jahren gefällten Urteile verwiesen wurde. Diese Entscheidungen wiederum waren in ihrer Begründung höchst angreifbar, so daß der Hinweis auf sie die fehlende juristische Stringenz nicht zu ersetzen vermochte.[119] Bei den im Vorspann niedergelegten Grundsätzen handelte es sich daher weniger um den "verfassungsrechtlichen Boden"[120] als vielmehr um den verfassungsgerichtlichen Boden, auf den der Zweite Senat den Grundlagenvertrag förmlich herunterzuziehen versuchte.

---

117) Etwa bei Kewenig DÖV 1973 S. 799, Beyer Demokratie und Recht 1973 S. 382, Rumpf ZfP 1975 S. 134.
118) Vergl. oben S.237.
119) Hoffmann-Riem charakterisiert diese Methode zutreffend als "Kettenzitiererei"; vergl. Der Staat 1974 S. 339.
120) GV S. 394

Der Gleichklang zwischen diesem verfassungsgerichtlichen Boden und dem Grundlagenvertrag wurde durch eine verfassungskonforme Auslegung bewerkstelligt, ein vom Bundesverfassungsgericht entwickeltes Institut, mit Hilfe dessen bei mehreren möglichen Auslegungen eines Gesetzes derjenigen der Vorzug gegeben wird, die zu voller Konkordanz mit dem Grundgesetz führt.[121] Unter Hinweis auf Art. 9 des Grundlagenvertrages, nach dem die von Westdeutschland und Ostdeutschland früher abgeschlossenen oder sie betreffenden zweiseitigen und mehrseitigen internationalen Verträge und Vereinbarungen nicht berührt werden, die Deutschland als Ganzes betreffenden Viermächtevereinbarungen also nach wie vor Gültigkeit haben, schrieb das Gericht dem Grundlagenvertrag einen Doppelcharakter zu. Seiner Art nach sei es ein völkerrechtlicher Vertrag, seinem Inhalt nach regele es vor allem Inter-se-Beziehungen zwischen zwei Staaten, die Teile eines noch immer existierenden gesamtdeutschen Staates seien. Daraus folgere, daß die Deutsche Demokratische Republik im Sinne des Völkerrechts zwar ein Staat und als solcher Völkerrechtssubjekt sei, im Verhältnis zueinander stünden Deutsche Demokratische Republik und Bundesrepublik Deutschland als Teilstaaten jedoch in einem besonderen Verhältnis, das nicht völkerrechtlicher Natur sei.[122]

Trotz dieser Herabstufung des Grundlagenvertrages auf eine quasi-staatsrechtliche bzw. -innerstaatliche Ebene gelang es dem Bundesverfassungsgericht nicht, ein überzeugendes deutsches Staatsverständnis zu entwickeln. Vielmehr bestimmten Ungereimtheiten und Widersprüchlichkeiten die verfassungskonforme - genauer: die verfassungsgerichtskonforme - Auslegung. Das begann bereits damit, daß West- und Ostdeutschland als zwei Staaten bezeichnet wurden, die wiederum Teile bzw. Teilstaaten[123] des fortbestehenden gesamtdeutschen Staates seien. Dem im Vorspann wiederholten Bekenntnis zur Identitätstheorie folgte also ein Bekenntnis zur Dachtheorie. Nicht genug damit: Zu diesem Dreistaatenmodell - gesamtdeutscher Staat, west- und

121) Vergl. zur verfassungskonformen Auslegung Grasemann, Deutsche Studien 1978 S. 111 f mit Nachweisen.
122) GV S. 396
123) Ebenda

ostdeutscher Staat - gesellte sich ein Zweistaatenmodell. Zumindest muß die Bemerkung des Gerichts, daß die Auffassung unrichtig sei[124], nach der jedes Zweistaatenmodell mit der grundgesetzlichen Ordnung unvereinbar sei[125], dahin gehend verstanden werden, daß es wenigstens ein verfassungsgemäßes Modell solchen Zuschnitts gibt. Dieses klar herauszuarbeiten unterließ es allerdings ebenso, wie es sich versagte, zum Verhältnis von Identitätstheorie und Dachtheorie Stellung zu nehmen.

Der zwiespältige Eindruck, den die Ausführungen zur staatlichen Konstruktion Deutschlands hinterließen, setzte sich bei jenen zur innerdeutschen Grenze und zur Staatsangehörigkeit fort. Zwar räumte der Zweite Senat ein, daß es sich bei der innerdeutschen Grenze - im Gegensatz etwa zu einer Verwaltungsgrenze - um eine Grenze im staatsrechtlichen Sinne handele. Die Besonderheit dieser Grenze bestehe aber darin, daß sie auf dem Fundament des noch existierenden gesamtdeutschen Staates liege und es sich daher um eine staatsrechtliche Grenze ähnlich denen handele, die zwischen den Ländern der Bundesrepublik Deutschland verliefen.[126] Einer so qualifizierten Grenze entsprach die These, daß die deutsche Staatsangehörigkeit, auf die in Art. 116 des Grundgesetzes Bezug genommen wird, zugleich die Staatsangehörigkeit der Bundesrepublik Deutschland sei. Deutscher Staatsangehöriger im Sinne des Grundgesetzes sei aber nicht nur der Bürger der Bundesrepublik Deutschland, sondern auch der Bürger der Deutschen Demokratischen Republik, wenngleich dieser die Rechte aus Art. 116 nur im Geltungsbereich des Grundgesetzes wahrnehmen könne.[127]

Mit der Konstruktion der Inter-se-Beziehungen umging das Bundesverfassungsgericht nicht nur eine klare Antwort auf die Frage nach dem Rechtsstatus Deutschlands, sondern mit ihr wich

---

124) Vertreten wurde diese Auffassung von der Bayerischen Staatsregierung, GV S. 258.
125) GV S. 396
126) GV S. 398
127) GV S. 400

es darüber hinaus der Gretchenfrage aus, nämlich ob die rechtlich sanktionierte Zweiteilung Deutschlands noch mit dem Wiedervereinigungsgebot vereinbar ist. Ohne diese Frage zu stellen, nahm das Gericht vielmehr Bezug auf den Brief zur deutschen Einheit, vor allem aber auf den in der Präambel zum Grundlagenvertrag verankerten Dissens in der nationalen Frage, die für die Bundesrepublik Deutschland konkret das Wiedervereinigungsgebot sei. Lege man zugrunde, daß die deutsche Nation mehr als eine Sprach- und Kultureinheit sei, nämlich ein Synonym für das deutsche Staatsvolk[128)], könne ein Widerspruch zwischen Grundlagenvertrag und grundgesetzlichem Wiedervereinigungsgebot nicht festgestellt werden. Durch den Vertrag verliere die Bundesregierung nicht den Rechtstitel, auch in Zukunft auf nationaler wie auf internationaler Ebene die staatliche Einheit des deutschen Volkes im Wege der freien Selbstbestimmung anzustreben.[129)]

Mit dem Wiedervereinigungsgebot steht die Offenhalteklausel des Art. 23 Satz 2 des Grundgesetzes nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts in einem inneren Zusammenhang. Auch nach Abschluß des Grundlagenvertrages sei die Bundesrepublik Deutschland weiterhin rechtlich allein Herr der Entscheidung über die Aufnahme anderer Teile Deutschlands. Diese Aufnahme in einen freien deutschen Staat bleibe die grundgesetzlich gebotene Rechtsauffassung, die unabhängig von der Tatsache gelte, daß andere Teile Deutschlands mittlerweile in der Deutschen Demokratischen Republik ihre Staatlichkeit gefunden hätten und ihren Willen zur Vereinigung mit der Bundesrepublik Deutschland nur in der Form äußern könnten, die ihre Verfassung zulasse. Da dieser Willensbildungsprozeß in der Deutschen Demokratischen Republik schon bisher nicht dem Einfluß der Bundesrepublik Deutschland unterlegen habe, könne in der mit der Anerkennung der Deutschen Demokratischen Republik als Staat verbundenen Respektierung des dort durchzuführenden staatsrechtlichen Vorganges kein Verstoß gegen Art. 23 Satz 2 liegen.[130)]

---

128) GV S. 394
129) GV S. 397
130) GV S. 399

Was die Nichteinbeziehung West-Berlins in den Grundlagenvertrag angeht, so halfen dem Gericht weder Inter-se-Beziehungen noch der Dissens in der nationalen Frage, um zu einer mit der bisherigen Rechtsprechung übereinstimmenden Auslegung zu gelangen. Es beschränkte sich deshalb auf die Behauptung, daß der Vertrag nichts an der Rechtslage Berlins ändere, wie sie seit eh und je von Bundestag, Bundesrat, Bundesregierung und dem Bundesverfassungsgericht gemeinsam unter Berufung auf das Grundgesetz verteidigt worden sei.[131] Diese Behauptung war hinsichtlich der "gemeinsamen Verteidigung" der westdeutschen Verfassungsorgane nicht nur unzutreffend, wie die Vergangenheit zeigt, sondern sie war darüber hinaus auch nicht geeignet, den Vorwurf der Bayerischen Staatsregierung zu entkräften, durch die Nichteinbeziehung West-Berlins in den Grundlagenvertrag werde die Entwicklung in Richtung auf eine "selbständige politische Einheit" mit Zustimmung der Bundesregierung gefördert, was mit der Eigenschaft als Bundesland aber unvereinbar sei.[132]

Vergleicht man die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts mit denen der Bundesregierung zur deutschen Frage, wird rasch deutlich, daß sich zwischen beiden ein kaum überbrückbarer Graben aufgetan hatte. Während die Richter auf der Kontinuität des gesamtdeutschen Staates beharrten, ließ die Bundesregierung in ihren Verlautbarungen offen, ob in ihren Augen Deutschland als Ganzes noch ein Staat oder nur noch ein geographischer Begriff sei. Konsequenz dieser offenen Haltung war es, daß sie sich weder zum Zweistaatenmodell noch zum Dreistaatenmodell im Sinne der Dachtheorie konkret äußerte.[133] Wenn aus dem Urteil auch nicht hervorging, in welchem Verhältnis Identitätstheorie und Dachtheorie zueinander stehen, so hielten die Richter zumindest an der Identitätsthese fest. Die Bundesregierung bezweifelte demgegenüber, ob diese These Verfassungsrang habe, und lehnte sie ausdrücklich ab.[134]

Weiter stand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,

131) GV S. 401
132) GV S. 199
133) Vergl. zur vagen Haltung der Bundesregierung ihre bereits erwähnte Antwort auf eine Große Anfrage der CDU/CSU, oben Anm. 41.
134) GV S. 218 ff und 229; BT, 7. WP, Rechtsausschuß 4. Sitzung S. 70 f.

daß der Grundlagenvertrag einen Doppelcharakter besitze, der vor allem Inter-se-Beziehungen zwischen den beiden deutschen Staaten regele, die klare Position der Bundesregierung gegenüber, daß es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag handele.[135] Zwar bestünden zwischen den beiden deutschen Staaten Beziehungen besonderer Art, diese seien aber nicht mit Inter-se-Beziehungen zu verwechseln, wie sie etwa das Verhältnis der Staaten des Commonwealth zueinander prägten.[136] Dementsprechend wurde die innerdeutsche Grenze als eine Staatsgrenze im völkerrechtlichen Sinn, nicht aber, wie es das Gericht tat, als eine quasi-innerstaatliche Grenze qualifiziert.[137]

Das Verhältnis West-Berlins zu Westdeutschland erfuhr durch die Bundesregierung ebenfalls eine andere Bewertung, als sie das Gericht vornahm. West-Berlin sei kein westdeutsches Bundesland, weil Art. 23 Satz 1 des Grundgesetzes insoweit von den Besatzungsmächten suspendiert worden sei.[138] Schließlich widersprachen sich auch die je verschiedenen Definitionen von Nation. Während das Bundesverfassungsgericht die Nation mit dem deutschen Staatsvolk gleichsetzte, also von der Staatsnation ausging und dem Begriff damit im Lichte der Drei-Elementen-Theorie eine juristische Kategorie zuerkannte, hatte die Bundesregierung stets davon gesprochen, daß die Deutschen in ihrer Gesamtheit keine Staatsnation seien, sich vielmehr aufgrund ihrer Sprache, Kultur und ihres Bewußtseins um eine gemeinsame Vergangenheit als eine Nation fühlten[139]; der Begriff habe, wie Willy Brandt feststellte, "nichts mit Juristerei zu tun"[140].

---

135) Der Regierungsvertreter Bahlmann, der die Bundesregierung u.a. auch im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht vertrat, wies in der Sitzung des Rechtsausschusses ausdrücklich auf den völkerrechtlichen Charakter hin, fügte allerdings auch hinzu: "Eine völkerrechtliche Bewertung dieses Vertrages ist nicht mit der völkerrechtlichen Anerkennung der DDR identisch"; aaO S. 52.

136) So der Referent für Staats- und Völkerrecht im Bundesministerium für innerdeutsche Beziehungen H.H. Mahnke, DA 1970 S. 273.

137) Vergl. Bundeskanzler Brandt BT, 7. WP, 14. Sitzung S. 535.

138) Darauf wies Justizminister Jahn das Bundesverfassungsgericht in unmißverständlicher Weise hin: "Im übrigen ist der Status Berlins durch das Viermächte-Abkommen vom 3. September 1971 zuletzt in einer für die Bundesrepublik Deutschland verbindlichen Weise festgelegt worden." GV S. 33.

139) Materialien zum Bericht zur Lage der Nation, Drucksache VI/223 S. 2. Vergl. im übrigen zur parlamentarischen Auseinandersetzung im Zusammenhang mit dem Begriff Nation Niclauß "Kontroverse Deutschlandpolitik" S. 122 ff.

140) BT, 7. WP, 171. Sitzung S. 9741

Diese Friktionen zwischen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und Deutschlandpolitik der Bundesregierung fanden letztlich ihren Ausdruck in der Gesamtbewertung des Grundlagenvertrages. Dem Vorwurf eines Verstoßes gegen das Wiedervereinigungsgebot war die Bundesregierung immer wieder mit dem Argument entgegengetreten, der Vertrag regele die Beziehungen zwischen den beiden deutschen Staaten lediglich im Sinne eines Modus vivendi; solange es keinen Friedensvertrag gebe, sei die deutsche Frage ungelöst, d.h. auch nach dem Grundlagenvertrag sei die deutsche Frage offen.[141] Diesen Rückgriff auf die Argumentation Adenauers - damals vorgebracht, um den Vorwurf zu entkräften, das Saarstatut stehe im Widerspruch zum Ziel der Wiedervereinigung - verwarf das Bundesverfassungsgericht, um das genaue Gegenteil festzustellen. Der Grundlagenvertrag sei kein vereinbarter Modus vivendi, keine Übergangslösung, sondern eine neue Grundlage für die Entwicklung des Verhältnisses der beiden deutschen Staaten zueinander.[142] Deutlicher konnten die unterschiedlichen Positionen nicht gezeichnet werden.

An dieser grundsätzlich verschiedenen Bewertung des Grundlagenvertrages konnten die wenigen Kongruenzen zwischen Bundesverfassungsgericht und Bundesregierung nichts ändern: daß Ostdeutschland im Verhältnis zu Westdeutschland kein Ausland sei, daß die Deutschen in beiden Staaten dieselbe Staatsangehörigkeit besäßen, daß die Offenhalteklausel des Art. 23 Satz 2 weiterhin gelte und daß das Wiedervereinigungsgebot die Deutschlandpolitik jeder Bundesregierung binde.[143] Aber auch diese Übereinstimmungen zeigen letztlich nur, daß die Synthese des Bundesverfassungsgerichts mehr oder weniger die Wiederholung seiner bisherigen Rechtsprechung war. Wenn der Grundlagenvertrag gleichwohl nicht für verfassungswidrig erklärt wurde, so lag eben darin in erster Linie die neue Qualität, die jede Synthese von den ihr zugrunde liegenden Vorstellungen unterscheidet.

---

141) Denkschrift der Bundesregierung zum Grundlagenvertrag, Drucksache 7/153 S. 12

142) GV S. 395

143) Vergl. H. H. Mahnke DA 1973 S. 727 ff.

Das Deutschlandmodell des Bundesverfassungsgerichts konterkarierte aber nicht nur die Deutschlandpolitik der Bundesregierung, sondern es ist darüber hinaus - und das ist das eigentlich Bedenkliche - wenig realitätsbezogen. Zunächst einmal ist die Identitätstheorie unter Zugrundelegung der Kontinuität des gesamtdeutschen Staates nicht mit der Existenz zweier deutscher Staaten in Deckung zu bringen, weil sich Einstaatmodell und Zweistaatenmodell logisch und tatsächlich ausschließen. Ebenso realitätsfern ist aber auch die Vorstellung, unter dem Dach des fortbestehenden gesamtdeutschen Staates hätten sich quasi zwei Unterstaaten gebildet[144]; denn die Dachtheorie geht davon aus, daß es nur eine Frage der Zeit ist, wann der gesamtdeutsche Staat reorganisiert wird, während die Realität demgegenüber so aussieht, daß sich dieser Dachstaat, soweit er überhaupt noch existiert, in Auflösung befindet.[145] Mit Ausnahme der Entscheidung über Berlin, und zwar West- wie Ost-Berlin, ist dieser Auflösungsprozeß abgeschlossen. Die Tatsache, daß spätestens seit dem Bau der Berliner Mauer kein einziger ernsthafter Wiedervereinigungsversuch unternommen wurde, zeigt nur zu deutlich, wie wenig die Intention der Dachtheorie mit der Wirklichkeit gemein hat. Darüber hinaus scheitert dieses Modell daran, daß der ostdeutsche Staat jede Verbindung mit dem gesamtdeutschen Staat leugnet, ein gemeinsames Dach über beiden deutschen Staaten aber nicht einseitig von Westdeutschland errichtet werden kann.[146] Beide Modelle des Bundesverfassungsgerichts sind also wenig realistisch, schließen sich obendrein gegenseitig aus[147], so daß es sich letztlich um eine "Kodifikation der Unklarheiten"[148] handelt.

---

144) Ebenso Kewenig DÖV 1973 S. 799, Rumpf ZfP 1975 S. 127 f, Lewald NJW 1973 S. 2266.

145) Vergl. Ress "Die Rechtslage Deutschlands nach dem Grundlagenvertrag" S. 216 ff, Kirn ZRP 1974 S. 89.

146) Kimminich DVBl 1973 S. 661 f. Oppermann spricht in diesem Zusammenhang von einer kaum vertretbaren "unilateralen 'Zwangseinweisung' des ostdeutschen Staates in ein lediglich noch von der Bundesrepublik gesehenes imaginäres gesamtdeutsches Völkerrechtssubjekt." JZ 1973 S. 596.

147) Zumal dieser Umstand war Anlaß, das Urteil mit wenig schmeichelhaften Kritiken zu bedenken, die von "unbekömmlicher begrifflicher Brei" über "juristischer Quark" bis zur "kunstvoll mumifizierten Rechtsperson 'Gesamtdeutschland'"reichten; vergl. Scheuner DÖV 1973 S. 583, "Die Zeit" vom 24. Januar 1975, Tomuschat DÖV 1973 S. 804.

148) So Simma AöR 1975 S. 9.

Mit der Realität, d.h. nicht zuletzt mit dem Selbstverständnis des westdeutschen Staates stimmt eher die - wenn auch schmerzliche - Einsicht überein, daß das Deutsche Reich auf den Gebietsstand Westdeutschlands geschrumpft ist, sich daneben ein zweiter deutscher Staat gebildet hat, während das vormals so bezeichnete Groß-Berlin als ein Residuum des ehemaligen Deutschen Reiches nach wie vor Besatzungsgebiet und staatsrechtlich keinem der beiden deutschen Staaten zugeordnet ist. Allein die Rechte der ehemaligen Besatzungsmächte in bezug auf Deutschland als Ganzes sind nicht geeignet, ein Völkerrechtssubjekt Gesamtdeutschland zu konstituieren; sie sind nicht mehr als Souveränitätsbeschränkungen, eine "juristische Klammer"[149] mit Blick auf das deutsche Territorium in den Grenzen von 1937.[150]

Dieses Schrumpfstaatmodell erschwert bzw. erleichtert eine Wiedervereinigung genausowenig wie andere Konstruktionen, erlaubt darüber hinaus das Festhalten an der Identität, wenn auch nur an der zwischen dem westdeutschen Staat und dem nicht mehr bestehenden, ehemaligen gesamtdeutschen Staat, also einer rein rechtlichen Identität.[151] Diese aber unterliegt keinen Zweifeln; denn territoriale und personale Verluste hindern nicht die Annahme einer Vollidentität zwischen ehemaligem Deutschen Reich und Westdeutschland, wie die Geschichte zeigt. Niemand hat jemals bestritten, daß die Weimarer Republik identisch mit dem Deutschen Reich von 1871

---

149) So der Sprachgebrauch der Bundesregierung, vergl. etwa Bundesminister Bahr BT, 7. WP, 8. Sitzung S. 223 f. Das Bundesverfassungsgericht widersprach auch in diesem Punkt der Regierung, wenn es feststellte, daß diese Klammer Ausdruck der Fortexistenz des gesamtdeutschen Staates sei; GV S. 394.

150) Ebenso Kewenig EA 1974 S. 77 ff, Schenk "Die Viermächteverantwortung für Deutschland als Ganzes" S. 159.

151) Kimminich bemerkt in seiner Besprechung des Urteils: "Es war schon immer klar, daß die Identität der Bundesrepublik Deutschland mit dem Deutschen Reich eine rechtliche Identität, nicht aber eine geographische ist." Abgesehen davon, daß vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts rechtliche und geographische Identität zugrunde gelegt werden mußten - nicht umsonst stellte die Bundesregierung die verfassungsrechtliche Geltung der so zu verstehenden Identität in Abrede -, versäumte Kimminich es allerdings, die Vereinbarkeit von allein auf die rechtliche Identität abstellender Schrumpfstaatthese und Kontinuität des fortbestehenden gesamtdeutschen Staates, von der auch er offensichtlich ausgeht, zu erklären. Vergl. DVBl 1973 S. 660.

gewesen ist, obwohl sie territorial erheblich kleiner war.[152] Zwar ist richtig, daß die Bundesregierung es vermied, dieses Modell, mit dem die Ost- und Deutschlandpolitik nach 1969 allein vereinbar ist, in ihren offiziellen Verlautbarungen zu propagieren. Das geschah aber wohl weniger, weil sie mit liebgewordenen Vorstellungen aufgrund einer knappen parlamentarischen Mehrheit nicht habe brechen können[153], sondern weil dem die nicht wegzudiskutierende Kontinuitätsthese des Bundesverfassungsgerichts entgegenstand.

Die Flucht des Bundesverfassungsgerichts vor der Wirklichkeit drückt sich jedoch nicht allein im Festhalten an einem gesamtdeutschen Staat aus. Der Vorwurf des Realitätsverlustes gilt zuvörderst auch im Hinblick auf die Qualifizierung der innerdeutschen Grenze als eine quasi-innerstaatliche Grenze wie etwa die zwischen den Bundesländern Hessen und Bayern. Aus der Respektierung der staatlichen Existenz Ostdeutschlands folgt konsequenterweise die Respektierung ihrer Grenzen, wie das auch in Art. 3 des Grundlagenvertrages geschehen ist. Der dort verwendete Begriff "Unverletzlichkeit der zwischen ihnen bestehenden Grenzen" ist ein völkerrechtlicher Terminus, der den Schutz eines Staates gegen einseitige, völkerrechtswidrige Aktionen einschließt. Eine völkerrechtswidrige Aktion gegen eine Bundesländergrenze ist jedoch nicht denkbar; das wäre eine rein innerstaatliche Angelegenheit.[154] Niemand wird behaupten wollen, daß die Verletzung der innerdeutschen Grenze eine innerstaatliche Angelegenheit wäre. Das schon deshalb nicht, weil sie nicht nur die massivste Grenze ist, die auf deutschem Boden überhaupt existiert, sondern weil diese Grenze darüber hinaus die Trennung zwischen nichtkommunistischer westlicher Welt und kommunistischem Ostblock markiert.[155] Sie ist eine Staatsgrenze im völkerrechtlichen Sinn. Der weitere

153) Das unterstellt Bender "Die Ostpolitik Willy Brandts" S. 56.

154) Tiessen DA 1975 S. 59

155) Zweigert bemerkt zutreffend: "Einem Verfassungsgericht kann nach meiner Ansicht kaum Schlimmeres widerfahren, als daß es den Sinn für politische Realitäten einbüßt. Das ist aber hier Ereignis geworden." Vergl. "Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit" S. 74.

152) Anschütz "Die Verfassung des Deutschen Reichs" S. 2 und 3 f

gegen die vom Bundesverfassungsgericht vorgenommene Qualifizierung zu machende Einwand, daß an den Grenzen zwischen den Bundesländern keine Paß- und Visavorschriften gelten, diese Grenzen darüber hinaus auch nicht die Freizügigkeit der Menschen beeinträchtigen, erscheint dagegen nur noch als Marginalie.

Die Zugrundelegung des Zweistaatenmodells im Sinne der Schrumpfstaattheorie hätte das Bundesverfassungsgericht des weiteren davor bewahrt, die Beziehungen der beiden deutschen Staaten als Inter-se-Beziehungen zu umschreiben, ohne die grundlegende Voraussetzung dieser spezifischen Art von Bindungen zwischen Staaten auch nur mit einem Wort zu erwähnen. Am Beispiel des Commonwealth, zwischen dessen Mitgliedern Inter-se-Beziehungen bestehen[156], wird deutlich, warum diese Konstruktion eine Fiktion ist. Solche Beziehungen setzen nämlich die Zustimmung derjenigen voraus, die dieses besondere Verhältnis für sich in Anspruch nehmen. Das ist bei den Ländern des Commonwealth der Fall, die gegenüber Drittstaaten Völkerrechtssubjekte sind, im Verhältnis zueinander aufgrund übereinstimmender Willensentscheidung jedoch in einem spezifischen Verhältnis stehen, das darin zum Ausdruck kommt, daß das Staatsoberhaupt des Vereinigten Königreichs zugleich Staatsoberhaupt der einzelnen Commonwealth-Länder ist. Da sich Ostdeutschland jedoch gegen wie auch immer geartete besondere Beziehungen nachdrücklich wehrt, kann es zwischen den beiden deutschen Staaten auch keine Inter-se-Beziehungen geben.[157]

In die Reihe der realitätsfremden Aussagen des Gerichts gehört ferner die staatsrechtliche Zuordnung West-Berlins zu Westdeutschland. Das Viermächteabkommen vom 3. September 1971 sagt das genaue Gegenteil. Da sowohl Westdeutschland wie Ostdeutschland - aufgrund des nach wie vor bestehenden Besatzungsrechts in Berlin - den darin niedergelegten Standpunkt der Vier Mächte zu respektieren haben, ist es verwunderlich, daß ein westdeutsches Verfassungsorgan dieses Abkommen schlicht

156) Vergl. Ress aaO S. 163 ff.
157) Kimminich "Grundvertrag" S. 80 ff, Beyer aaO S. 382

negieren und Entgegengesetztes feststellen konnte. Hier schrieb das Bundesverfassungsgericht den latenten Konflikt zwischen innerstaatlichem Recht und völkerrechtlicher Lage zum wiederholten Male fest, d.h. "das Spiel zwischen den deutschen Wünschen und den alliierten Vorbehalten"[158] wurde fortgesetzt, wobei das Bundesverfassungsgericht allerdings in Anspruch nehmen konnte - auch das eine Art der Kontinuität -, darin wie in den 50er Jahren auch dieses Mal von der Opposition nach Kräften unterstützt zu werden.[159]

Neben diesem Realitätsverlust wiegen die weiteren Bruchstellen zwischen verfassungsgerichtlichem Anspruch und politischer Wirklichkeit kaum mehr schwer. Das gilt einmal für die Wiedervereinigung, die nicht nur Rechtspflicht, sondern auch Rechtstitel sein soll. Dieser aus dem Zivilprozeßrecht übernommene Terminus besagt, daß es sich dabei um Gerichtsentscheidungen und öffentliche Urkunden handelt, aufgrund derer die Zwangsvollstreckung vollzogen werden kann. Es fragt sich, wer gegen wen zu wessen Gunsten den Rechtstitel Wiedervereinigung vollstrecken soll.[160] Abgesehen davon, daß die Geltendmachung eines Rechtstitels in das Belieben desjenigen gestellt ist, der darüber zu verfügen berechtigt ist - was auch den endgültigen Verzicht auf die Geltendmachung einschließt -, dürfte unzweifelhaft sein, daß sich aus dem Grundgesetz für den westdeutschen Staat keinerlei Rechtstitel gegenüber anderen Staaten ergibt.[161] Die Vermutung drängt sich auf, daß das

158) D. Mancke aaO S. 58. Külz ist weniger zurückhaltend und spricht von "abwegigen und unglücklichen Auffassungen zur Stellung Berlins"; vergl. Demokratie und Recht 1974 S. 278.

159) Vergl. etwa den Antrag der CDU/CSU zum Grundlagenvertrag: "Die Erklärungen beider Seiten in bezug auf Berlin stehen der Rechtsauffassung der Bundesrepublik Deutschland nicht entgegen, nach der Berlin ein Land der Bundesrepublik Deutschland ist und das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland in und für Berlin gilt, soweit nicht Vorbehalte der Drei Mächte entgegenstehen." BT, 7. WP, Rechtsausschuß 5. Sitzung, Kurzprotokoll S. 5.

160) Leicht macht zu Recht darauf aufmerksam, daß dieser Begriff Ostdeutschland geradezu dazu herausfordert, den Vorwurf des Revanchismus zu erheben; "Grundgesetz und politische Praxis" S. 96.

161) Tomuschat aaO S. 805

Bundesverfassungsgericht unbesehen einen von der Opposition in der parlamentarischen Auseinandersetzung um die Ost- und Deutschlandpolitik geprägten Begriff übernommen hat.[162)]

Weiter: Nachdem die deutsche Nation seit 1871 Staatsnation war, ist sie spätestens seit 1949 wieder auf den deutschen Sonderweg zurückgekehrt. Es gibt keinen einheitlichen deutschen Staat mehr, wohl aber eine Nation im Sinne der Kultur- und Bewußtseinsnation.[163)] Diese Realität ist unvereinbar mit der Gleichsetzung von Nation und Staatsvolk, wie es das Bundesverfassungsgericht getan hat.

Schließlich besteht zwischen der Anerkennung des ostdeutschen Staates und der Anerkennung einer eigenen Staatsangehörigkeit ein logischer Zusammenhang, da die Staatsangehörigkeit Rechtsbeziehungen zwischen einem Staat und seinen Bewohnern regelt. Rechtsbeziehungen zwischen einem gesamtdeutschen Staat und den Deutschen sind nicht ersichtlich. Spricht schon dieser Umstand gegen eine einzige deutsche Staatsangehörigkeit, so steht dem Postulat des Bundesverfassungsgerichts weiter das Völkerrecht entgegen; denn kein Staat ist berechtigt, Bürger eines anderen Staates für sich in Anspruch zu nehmen.[164)] Nichts anderes tut das Gericht aber, wenn es hinsichtlich des diplomatischen Schutzes in Drittstaaten dekretiert, "hier gibt es für die Bundesrepublik Deutschland auch künftig keinen rechtlichen Unterschied zwischen den Bürgern der Bundesrepublik Deutschland und 'den anderen Deutschen'"[165)]. Wenn das Bundesverfassungsgericht

---

162) Abg. Marx (CDU/CSU), BT, 6. WP, 172. Sitzung S. 9866: "Es wäre gut, wenn der Bundeskanzler hier erklärte, daß die von den Sowjets so sehr geschätzten Rechtstitel für uns nicht ein juristischer Schnickschnack sind, wenn er endlich begreifen würde, daß Rechtstitel ein wichtiger Teil politischer und moralischer Macht sind." Ebenso Abg. Guttenberg (CDU/CSU), 53. Sitzung S. 2698.

163) Mommsen Politik und Kultur 1977 H. 1 S. 7 ff; vergl. im übrigen zur Mehrdeutigkeit des Begriffs Nation wie auch zu den Merkmalen der Staatsnation die Materialien zum Bericht zur Lage der Nation 1974, Drucksache 7/2423 S. 66 f sowie S. 71 ff.

164) Rumpf ZRP 1974 S. 204, Tiessen aaO S. 55 f

165) GV S. 400 f. Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß die Vereinigten Staaten schon im Jahre 1962 der westdeutschen Botschaft das Recht abgesprochen haben, den Bewohnern Ostdeutschlands in den USA diplomatischen Schutz zu gewähren; vergl. Schreiben des Department of State vom 23. Mai 1962, abgedruckt in American Journal of International Law 1963 S. 410.

schon an der Forbestandsthese festzuhalten gewillt war, hätte es konsequenterweise die fiktive gesamtdeutsche Staatsangehörigkeit - analog dem handlungsunfähigen deutschen Gesamtstaat - als ruhend qualifizieren und daneben je eine westdeutsche und ostdeutsche Staatsangehörigkeit zugrunde legen müssen. Allerdings konnte sich das Bundesverfassungsgericht wenigstens in diesem Fall auf die Bundesregierung berufen, die sich durch die Art. 16 und 116 des Grundgesetzes gebunden glaubte.

Der Zweite Senat stellte seinem Urteil den apodiktischen Satz voran, daß es kein Spannungsverhältnis zwischen politischer Wirklichkeit und Verfassungsordnung gebe.[166] Das war unverkennbar auf jene Stimmen gemünzt, die angesichts des Auseinanderklaffens von bisheriger Rechtsprechung und neuer Deutschlandpolitik dem stillen Verfassungswandel, nämlich in Richtung auf die Anerkennung der Realitäten, das Wort geredet hatten.[167] Den Beweis für seine These ist das Gericht jedoch ebenso schuldig geblieben wie jene Autoren, die es im nachhinein zu stützen versuchten.[168] Richterlicher Anspruch

166) GV S. 391

167) So etwa HH. Mahnke DA 1973 S. 728.

168) So etwa Hacker "Deutsche unter sich" S. 118 ff, Schramm "Das Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zur DDR nach dem Grundvertrag" S. 14 ff. Das Erkenntnisinteresse, das hinter diesen Stützungsversuchen steht, hat Rabl deutlich zum Ausdruck gebracht: "Man hat dem Urteil Vieldeutigkeit, Mangel an konzeptioneller Klarheit, Ungereimtheiten u.ä. vorgeworfen. Solche Vorwürfe erscheinen nicht nur deshalb wenig hilfreich, weil der BVG-Rechtsprechung die positivgesetzliche Vermutung sachlicher Richtigkeit zur Seite steht, sondern auch deshalb, weil die Bundesregierung sowohl das Urteil selbst als auch die vom Gericht niedergelegte Reichweite der Bindungswirkung seiner Gründe ausdrücklich anerkannt hat. Angesichts dessen sollte es Aufgabe der Fachwissenschaft sein, ihren Beitrag zur Reibungslosigkeit des Verfassungslebens einmal durch Argumentationshilfe vor Urteilsfindung, zum anderen durch unvoreingenommene Überprüfung der vom BVG gefällten Urteile mit dem Ziel möglichst fugenloser Einordnung ins verfassungsrechtliche Gefüge zu leisten." ZfP 1975 S. 173 f.
Es fragt sich, wie "unvoreingenommene Überprüfung" und "möglichst fugenloser Einordnung" in Übereinstimmung zu bringen sind.

und politische Wirklichkeit fielen entgegen der Behauptung des Bundesverfassungsgerichts vielmehr auseinander, und zwar auch deswegen, weil es zwischen Verfassungsrecht und Völkerrecht strikt trennte und dieses bei Auslegung des Grundlagenvertrages weitgehend außer acht ließ.[169] Nun ist es richtig, daß sich die Zuständigkeit des Gerichts auf die Auslegung des Verfassungsrechts beschränkt, ebenso unterliegt es aber keinem Zweifel, daß bei der Auslegung eines völkerrechtlichen Abkommens die für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge entwickelten Grundsätze anzuwenden sind: "Danach ist jedes Abkommen so auszulegen, daß die Vertragspartner einerseits das von ihnen angestrebte Ziel durch den Vertrag erreichen können, andererseits nicht über das gewollte Maß hinaus als gebunden angesehen werden dürfen."[170] Der Befolgung dieser von ihm selbst im Saar-Urteil aufgestellten Maxime wich das Bundesverfassungsgericht mit der Konstruktion des Doppelcharakters aus, um auf diese Weise den Weg der verfassungskonformen Auslegung beschreiten und damit bei seinem - hinsichtlich des Nebeneinanders von Identitäts- und Dachtheorie leicht modifizierten - bekannten Deutschlandbild bleiben zu können.

Die Begründung für die Anwendung dieser Methode war allerdings brüchig. Mit Bezug auf den in der Präambel des Grundlagenvertrags verankerten Dissens zu grundsätzlichen Fragen stellte es nämlich fest: Insbesondere der Grunddissens zur nationalen Frage rechtfertige es, den Vertrag verfassungskonform auszulegen und alle Konsequenzen zu ziehen, "die die Bundesrepublik Deutschland als Vertragspartner nach dem Recht des Grundgesetzes für sich in Anspruch nehmen muß"[171]. Dieser Argumentation stand der eindeutige Wille der Vertragspartner entgegen, nach dem es sich bei dem Grundlagenvertrag um einen völkerrechtlichen Vertrag handelt, der keinen Doppelcharakter hat. Im übrigen spielt das Verfassungsrecht eines Staates bei

169) Bernhardt "Völkerrechtliche Bemerkungen zum Grundvertrags-Urteil" S. 113, Beyer aaO S. 377
170) BVerfGE 4 S. 168
171) GV S. 403

der Auslegung völkerrechtlicher Verträge grundsätzlich keine Rolle mit der Folge, daß auch eine verfassungskonforme Auslegung ausscheidet. Eine Ausnahme ist allenfalls denkbar, wenn die nach dem Parteiwillen vorzunehmende Auslegung des Vertrags kein eindeutiges Ergebnis liefert.[172] Die Bestimmungen des Grundlagenvertrages sind aber wenigstens insofern eindeutig, als "die DDR und die BRD sich wechselseitig als das anerkennen und respektieren, was sie sind, nämlich gleichberechtigte, souveräne Subjekte des Völkerrechts"[173]. Unklarheiten entstanden nur dadurch, daß versucht wurde, den Grundlagenvertrag mit der bisherigen Rechtsprechung in Übereinstimmung zu bringen, die sich dann allerdings zwangsläufig als ein Prokrustesbett erweisen mußte.

Diese Operation wurde mit dem Hinweis auf den in der Präambel zum Grundlagenvertrag festgehaltenen Dissens zur nationalen Frage nicht glaubwürdiger; denn aus diesem Dissens folgt nicht automatisch, daß alle Vertragsbestimmungen in ihrer Auslegung offen sind.[174] Aufgabe des Gerichts wäre es daher gewesen, anhand der einzelnen Bestimmungen des Vertrags zu prüfen, ob sie überhaupt eine mehrdeutige Interpretation zulassen. Eben dieser Aufgabe hat es sich entzogen und dem Vertrag statt dessen einen anderen Inhalt gegeben[175], als er ihn nach dem Willen der Vertragspartner haben soll, so daß richtigerweise nicht einmal von einer verfassungskonformen Auslegung im eigentlichen Sinn die Rede sein kann.[176]

Tatsächlich sind wohl auch weniger der angebliche Doppelcharakter sowie der Dissens zur nationalen Frage der Grund für die so verschieden praktizierte Berücksichtigung der politischen

172) Bernhardt aaO S. 119, Schröder JR 1974 S. 184
173) So Bundeskanzler Brandt in einem Schreiben an Ministerpräsident Stoph, DA 1970 S. 196 f.
174) Schröder aaO S. 183
175) Clauder hat diese Möglichkeit im Zusammenhang mit der Ostpolitik frühzeitig aufgezeigt, als er feststellte: "Dem Gericht steht es durchaus frei, sie so umzudenken, daß sie dem Verfassungsrecht nicht mehr widerspricht." Es überrascht nicht, daß die Interpretation des Bundesverfassungsgerichts in vielen Punkten mit Clauders "Umdenken" übereinstimmte. Vergl. PM 1970 H. 2 S. 48.
176) Ebenso Wilke/Koch JZ 1975 S. 238, Simma aaO S. 16.

Realitäten gewesen, sondern die unterschiedlichen Ausgangslagen. 1955 war das Bundesverfassungsgericht noch auf der Suche nach einer Deutschlandtheorie, hatte es das Wiedervereinigungsziel noch nicht zu einer Verfassungspflicht gemacht. Zu jenem Zeitpunkt hatte es sich noch nicht endgültig festgelegt und konnte dementsprechend pragmatisch, d.h. im Rahmen des politisch Vorgegebenen entscheiden. 1973 hingegen war aus vielen Entscheidungen ein Deutschlandbild gewachsen, von dem sich das Gericht nur unter Aufgabe der Kontinuität der Rechtsprechung hätte lösen können. Dazu verstand es sich um so weniger, als in seinen Augen die Bundesregierung es an der Loyalität hatte fehlen lassen, die das Bundesverfassungsgericht ihr damals entgegengebracht hatte.[177)]

Die kunstvolle Deutschlandkonstruktion des Bundesverfassungsgerichts - von der der Staatsrechtler und Prozeßvertreter der Bundesregierung Kriele beschönigend sagte, sie sei kompliziert und selbst in Kollegenkreisen nicht immer ganz leicht zu vermitteln[178)] - wies neben dem Mangel an Realitätsnähe allerdings einen gravierenderen Nachteil auf. Sie war nämlich insofern irrelevant, als sich kein Staat mit dem Hinweis auf eigenes Recht der Erfüllung völkerrechtlicher Pflichten entziehen kann.[179)] Mit anderen Worten: Da der Grundlagenvertrag vor dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts in Kraft getreten ist, können dem ostdeutschen Vertragspartner gegenüber weder der Doppelcharakter des Vertrages noch das dem Urteil zugrunde liegende Deutschlandbild geltend gemacht werden.[180)] Das gleiche gilt für die Qualifizierung West-Berlins als Bundesland, da insofern das Viermächteabkommen die Bundesregierung bindet.

Auf diese Relativität des Grundlagenvertragsurteils hatten bereits

---

177) Diesen Loyalitätsmangel hat das Bundesverfassungsgericht der Bundesregierung in deutlichen Worten vorgehalten, als es erneut das "Überspielen" der Rechtsprechung durch die Politik rügte; GV S. 391 f.
178) Zur Sache 4/77 S. 175
179) Dazu Kimminich DVBl 1973 S. 660.
180) Darüber besteht Einigkeit; vergl. z.B. Ress aaO S. 193, Gleich "Die Anerkennung der DDR durch die Bundesrepublik" S. 10.

im Vorverfahren vier Richter aufmerksam gemacht[181], so daß die nunmehr vertretene gegenteilige Auffassung aller Richter, Ostdeutschland habe mit dem Urteil rechnen müssen, müsse es sich folglich auch entgegenhalten lassen[182], sowohl unverständlich als auch unbeachtlich ist.[183] Das Urteil hat zwar innerstaatliche Wirkung, kann aber keine wie auch immer geartete völkerrechtliche Bindung Westdeutschlands entfalten. Den Kommentaren aus Ostdeutschland kann daher kaum widersprochen werden, in denen immer wieder betont wurde, daß für die Beziehungen der beiden deutschen Staaten allein der Vertragstext des Grundlagenvertrags maßgeblich sei.[184]

Die Unkenrufe während des Vorverfahrens, daß das Urteil aus diesem Grunde lediglich den Wert einer Seminararbeit haben werde, sollten sich allerdings nicht bewahrheiten. Um der Gefahr eines nochmaligen "Überspielens" durch die Bundesregierung vorzubeugen, beließ es das Bundesverfassungsgericht nämlich nicht bei der verfassungskonformen Auslegung; das um so weniger, als die sozialliberale Bundesregierung schon im Zusammenhang mit dem Abschluß der Verträge von Moskau und Warschau bewiesen hatte, daß sie nicht willens war, ihre Politik von nur scheinbar überholten Vorstellungen der Karlsruher Richter allzu sehr einengen zu lassen.

3. Politische Leitlinien

Was sich in den 60er Jahren tendenziell abgezeichnet hatte, war 1973 zur Gewißheit geworden: Die Rechtsprechung hatte sich verselbständigt. Die Deutschlandbilder von Bundesverfassungsgericht und Bundesregierung stimmten nicht mehr überein. Dieser

181) GV S. 43
182) GV S. 403
183) Ipsen kann daher nicht widersprochen werden, wenn er meint: "Es bedarf keiner prognostischen Gabe zu der Feststellung, daß sich weder der Internationale Gerichtshof noch ein Schiedsgericht bei Befassung mit diesem Vertrag der These des Bundesverfassungsgerichts anschließen würden." Politik und Kultur 1975 H. 1 S. 11.
184) Vergl. z.B. "Neues Deutschland" vom 16. August 1973: "Anmerkungen zu Träumereien einiger Karlsruher Richter". Weitere Nachweise zu den Reaktionen Ostdeutschlands bei Völkel DA 1974 S. 140 ff.

Erkenntnis konnte sich auch das Bundesverfassungsgericht nicht verschließen, wenngleich es mit Hilfe seiner Auslegung dem Grundlagenvertrag Grundgesetzkonformität attestierte. Deshalb bedurfte es nach seiner Auffassung "der Klarstellung, daß alles, was unter Berufung auf den Vertrag an weiteren rechtlichen Schritten geschieht, nicht schon deshalb rechtlich in Ordnung ist, weil die vertragliche Grundlage (der Vertrag) verfassungrechtlich nicht zu beanstanden sei"[185]. Das Mißtrauen, das in dieser Feststellung gegenüber der Politik der Bundesregierung mitschwang, führte dazu, daß der Zweite Senat im Hinblick auf die in Art. 7 des Grundlagenvertrages angesprochenen Folgeverträge eine Reihe von Leitlinien für die zukünftige Deutschlandpolitik niederlegte. Die Kluft zwischen Deutschland-Rechtsprechung und Deutschlandpolitik sollte nicht noch größer werden.

Eine dieser Leitlinien resultierte aus der Gleichsetzung von Nation und Staatsvolk sowie aus dem damit zusammenhängenden Festhalten des Gerichts an einer gemeinsamen deutschen Staatsangehörigkeit. Konzessionen gegenüber dem ostdeutschen Staat in dem Sinne, daß Westdeutschland auf diese gemeinsame Staatsangehörigkeit verzichtet, müssen danach als ausgeschlossen gelten.[186] Aus diesem Dilemma vermag auch die Konstruktion einer - gemeinsamen - Oberstaatsangehörigkeit und zweier - einer westdeutschen und einer ostdeutschen - Unterstaatsangehörigkeiten[187] nicht herauszuführen, weil die gemeinsame deutsche Staatsangehörigkeit zugleich die Staatsangehörigkeit der westdeutschen Bürger ist, d.h. nicht aufgespalten werden kann.

Daneben stellte das Bundesverfassungsgericht die grundgesetzliche Pflicht aller für die Bundesrepublik Deutschland handelnden Organe auf, "bei j e d e m Abkommen und bei j e d e r

185) GV S. 395
186) Ebenso Tiessen aaO S. 62.
187) So z.B. Meessen EA 1973 S. 515; einen Überblick über die Versuche, die verfassungsgerichtliche Festschreibung und die Realität zweier deutscher Staaten im Blick auf die Staatsangehörigkeit in Einklang zu bringen, gibt im übrigen von Morr "Der Bestand der deutschen Staatsangehörigkeit nach dem Grundvertrag" S. 71 ff.

Vereinbarung mit der Deutschen Demokratischen Republik, die ihrem Inhalt nach auf das Land Berlin und seine Bürger ausgedehnt werden können, auf der Ausdehnung auf Berlin zu bestehen und nur abzuschließen, wenn der Rechtsstand Berlins und seiner Bürger gegenüber dem für den Geltungsbereich des Grundgesetzes geltenden Rechtsstand - vorbehaltlich des für Berlin geltenden alliierten Vorbehalts und 'in Übereinstimmung mit dem Viermächte-Abkommen vom 3. September 1971' - nicht verkürzt wird". Und um keinen Zweifel aufkommen zu lassen, daß West-Berlin nach seiner Auffassung dieselbe Gliedstaatqualität wie z.B. Hamburg oder Bremen hat, fügte das Gericht hinzu, daß die Möglichkeit von Vereinbarungen zwischen der Deutschen Demokratischen Republik und dem Senat das Land Berlin nicht von der Beachtung der grundgesetzlichen Ordnung befreie.[188)]

In Konsequenz seiner Charakterisierung der innerdeutschen Grenze schrieb das Bundesverfassungsgericht der Bundesregierung weiter vor, daß der im Zusatzprotokoll zu Art. 7 des Grundlagenvertrages angesprochene Handel zwischen beiden deutschen Staaten kein Außenhandel und die Grenze zwischen ihnen keine Zollgrenze werden dürfe. Ferner wies es nachdrücklich darauf hin, daß das ebenfalls im Zusatzprotokoll vorgesehene Post- und Fernmeldeabkommen weder für die Deutschen in der Bundesrepublik Deutschland noch für die Deutschen in der Deutschen Demokratischen Republik eine Verkürzung oder Lockerung der in Art. 10 des Grundgesetzes niedergelegten Garantie des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses noch eine in Art. 5 des Grundgesetzes nicht vorgesehene Einschränkung des freien Austausches von Meinungen und Informationen enthalten dürfe. Ebenso-wenig dürfe die Presse- und Vereinigungsfreiheit begrenzt werden, da kritische Berichte über die Deutsche Demokratische Republik, aber auch die Programme von Vereinigungen, die der anderen Seite unerwünscht seien, keine Einmischung in die inneren Angelegenheiten der Deutschen Demokratischen Republik sein könnten.[189)]

---

188) GV S. 401; Hervorhebungen durch das Bundesverfassungsgericht.
189) GV S. 401 f

Diese Leitlinien wurden schließlich mit der Mahnung des Gerichts verbunden, daß sich kein Organ der Bundesrepublik Deutschland aufgrund des Grundlagenvertrages von der verfassungsmäßigen Pflicht entbunden fühlen dürfe, das öffentliche Bewußtsein nicht nur für die bestehenden Gemeinsamkeiten, sondern auch dafür wachzuhalten, welche weltanschaulichen, politischen und sozialen Unterschiede zwischen der Lebens- und Rechtsordnung derBundesrepublik Deutschland und der Lebens- und Rechtsordnung der Deutschen Demokratischen Republik bestünden. Es müsse klar sein, "daß mit dem Grundlagenvertrag schlechthin unvereinbar ist die gegenwärtige Praxis an der Grenze zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik, also Mauer, Stacheldraht, Todesstreifen und Schießbefehl. Insoweit gibt der Vertrag eine zusätzliche Rechtsgrundlage dafür ab, daß die Bundesregierung in Wahrnehmung ihrer grundgesetzlichen Pflicht alles ihr Mögliche tut, um diese unmenschlichen Verhältnisse zu ändern und abzubauen."[190]

Mit diesen Festschreibungen hat das Bundesverfassungsgericht die im Grundlagenvertrag ausdrücklich offengelassenen Fragen einseitig beantwortet, hat darüber hinaus die Deutschlandpolitik jeder Bundesregierung zur Kompromißlosigkeit selbst dort verurteilt, wo das auch nach dem Deutschlandbild des Gerichts nicht erforderlich gewesen wäre. Zunächst zu den beiden offengelassenen Fragen. Die beiden deutschen Staaten waren im Zusammenhang mit dem Abschluß des Grundlagenvertrages übereingekommen, daß die Ausdehnung von Folgevereinbarungen nach Art. 7 des Vertrages "auf Berlin (West) im jeweiligen Fall vereinbart werden kann". Diese Übereinkunft entsprach den unterschiedlichen Standpunkten der Verhandlungspartner, lehnte Ostdeutschland die Ausdehnung doch ausdrücklich ab, während Westdeutschland sie dagegen anstrebte. Durch den Kompromiß, über die Einbeziehung West-Berlins bei jedem Abkommen neu zu verhandeln, wurde ein Hindernis beiseite geräumt, das dem Abschluß des Grundlagenvertrages entgegenstand. Niemand

190) GV S. 402

vermochte auszuschließen, daß nicht auch bei den Folgevereinbarungen ein Kompromiß zu erzielen gewesen wäre. Dieser Weg - wie immer er ausgesehen hätte - ist nunmehr verschlossen; denn da diese Folgevereinbarungen weder den Status noch die Sicherheit West-Berlins berühren - eine Einbeziehung insoweit wegen des im Viermächteabkommens niedergelegten Vorbehalts auch nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht möglich wäre -, muß West-Berlin in jedes Folgeabkommen einbezogen werden. Geschieht das nicht, ist die Verfassungswidrigkeit politischen Handelns offenkundig.

Auch die zweite ungeregelte Frage hat das Bundesverfassungsgericht im Sinne nur einer möglichen Lösung beantwortet. Während beide Seiten davon ausgingen, daß durch den Grundlagenvertrag keine Staatsangehörigkeitsfragen geregelt werden[191], ist jede Bundesregierung nunmehr darauf festgelegt worden, an der gemeinsamen deutschen Staatsangehörigkeit festzuhalten, d.h. für die ostdeutschen Bürger dieselbe Staatsbürgerschaft in Anspruch zu nehmen wie für die westdeutschen Bürger. Jedes Abweichen von dieser Position ist ebenfalls im vorhinein mit dem Makel der Verfassungswidrigkeit behaftet, obwohl Art. 116 das Festhalten an einer gemeinsamen Staatsbürgerschaft keineswegs zweifelsfrei vorschreibt.[192] Diese Verpflichtung zur Kompromißlosigkeit könnte allein durch eine Verfassungsänderung aufgehoben werden, eine Vorstellung, die vor dem Hintergrund illusorisch erscheint, daß bislang jede Opposition auf deutschlandpolitischem Feld mit dem Verfassungsrecht operiert hat, eine Verfassungsänderung jedoch eine Zweidrittelmehrheit von Bundestag und Bundesrat voraussetzt.

---

191) Während der westdeutsche Vorbehalt lautete:" Staatsangehörigkeitsfragen sind durch den Vertrag nicht geregelt worden.", äußerte Ostdeutschland anläßlich der Unterzeichnung des Grundlagenvertrages die Erwartung: "Die Deutsche Demokratische Republik geht davon aus, daß der Vertrag eine Regelung der Staatsangehörigkeitsfragen erleichtern wird." Vergl. einerseits BGBl II 1973 S. 426, andererseits GBl DDR II 1973 S. 27.

192) Vergl. Rumpf ZRP 1974 S. 202 ff. Nur um diesen Verzicht geht es, nicht jedoch, wie fälschlicherweise immer wieder der Eindruck erweckt wird, um die Anerkennung einer ostdeutschen Staatsbürgerschaft; denn mit der Respektierung der Hoheitsgewalt, d.h. der Gesetzgebungshoheit des ostdeutschen Staates hat Westdeutschland auch das ostdeutsche Staatsbürgerschaftsrecht anerkannt. Die Diskussion um die Anerkennung der ostdeutschen Staatsbürgerschaft ist daher eine "Gespensterdiskussion", wie Kriele sie einmal genannt hat; vergl. Zur Sache 4/77 S. 173 sowie Grasemann, Deutsche Studien 1978 S. 335 f.

Daneben hat das Bundesverfassungsgericht dem innerdeutschen Handel sowie dem Nichtbestehen einer Zollgrenze zwischen den beiden deutschen Staaten Verfassungsrang zugeschrieben, ohne sich offensichtlich darüber im klaren zu sein, daß beides keine Aussagekraft für das Fortbestehen eines gesamtdeutschen Staates besitzt, was wiederum Auslöser für dieses verfassungsgerichtliche Gebot gewesen ist. Ebensowenig wie es den Staaten verwehrt ist, untereinander eine Handels- und Zollunion zu vereinbaren, spricht etwas dagegen, ihre bilateralen Wirtschaftsbeziehungen als reinen Binnenhandel auszugestalten; das eine wie das andere ist kein Beweis für die Existenz eines einheitlichen Staates.[193] Andererseits ist nicht zu bestreiten, daß sich schon heute Westdeutschlands Staatsgrenzen nicht mit seinen Zollgrenzen decken. So ist das Kleine Walsertal österreichisches Staatsgebiet, aber deutsches Zollinland, so gehören die Freihäfen und Helgoland zwar zum Bundesgebiet, sind aber Zollausland. Weder hat also das Nichtvorhandensein einer Zollgrenze die Existenz eines Gesamtstaates zur Folge noch setzt das Vorhandensein einer solchen Grenze notwendigerweise die Existenz zweier Staaten voraus.

In Richtung Osten wird es nicht schwerfallen, dem wenig logischen Verbot des Bundesverfassungsgerichts gerecht zu werden, da Ostdeutschland kaum Interesse zeigen wird, an dieser für seine Wirtschaft vorteilhaften Praxis etwas zu ändern. Die Bundesregierung kann aber aufgrund dieser Festlegung z.B. einem etwaigen Drängen der Partner der Europäischen Gemeinschaft, den innerdeutschen Handel zum Außenhandel zu erklären, um auf diese Weise die stille Teilhabe Ostdeutschlands an der EWG zu beenden, nicht nachgeben, da das verfassungswidriges Handeln wäre. Ebensowenig ist es ihr zukünftig gestattet, die Binnenhandelspräferenzen, d.h. die Zollfreiheit von Waren mit ostdeutschem Ursprung abzuschaffen.[194] Hier ist die westdeutsche Deutschlandpolitik zu einer Kompromißlosigkeit angehalten, deren Sinn nicht einzuleuchten vermag, die nicht einmal

193) Ress aaO S. 196 und 368
194) Vergl. zur Außenhandelsproblematik insgesamt Ress aaO S. 370 f.

durch eine Verfassungsänderung aus der Welt geschaffen werden kann, weil es an einer zu ändernden Grundgesetzbestimmung fehlt.

Neben diesen Leitlinien scheinen die weiteren Festschreibungen des Gerichts mehr allgemeiner Natur zu sein, die weniger ein konkretes Verhalten bei Verhandlungen über die Folgeverträge postulieren als vielmehr gegen die Aufgabe freiheitlich-rechtsstaatlicher Grundsätze gerichtet sind. Dabei erscheint die Verpflichtung der politischen Organe Westdeutschlands auf die Einhaltung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses, der Pressefreiheit und der Vereinigungsfreiheit selbstverständlich und daher überflüssig; denn im Rahmen der Ost- und Deutschlandpolitik hat es keinerlei Anzeichen gegeben, diese Grundrechte einzuschränken. Wenn das Bundesverfassungsgericht auf die Einhaltung dieser Rechte gleichwohl in so nachdrücklicher Weise pochte, gibt es dafür nur eine Erklärung. Mit Blick auf das Konzept des Wandels durch Annäherung wurde gleichsam eine Schranke errichtet, an der jede Deutschlandpolitik haltmachen muß. Anders ausgedrückt: Wie immer der vom Bundesverfassungsgericht vorausgesetzte, in der Zukunft liegende Vorgang der Wiedervereinigung aussehen mag, westdeutsche Organe dürfen an der Beschränkung der aufgezählten Grundrechte nicht mitwirken. Leitbild eines wiedervereinigten Deutschlands ist danach allein die grundgesetzliche Ordnung, zu der vor allem auch die Eigentums- und Vermögensgarantie des Art. 14 gehört.[195] Unerklärlich bleibt allerdings, auf welche Weise die westdeutschen Organe das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis bis zur Wiedervereinigung für die Deutschen in Ostdeutschland garantieren sollen.[196]

---

195) Das Grundrecht aus Art. 14 des Grundgesetzes wurde vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich erwähnt, GV S. 400.

196) Dieser Passus des Bundesverfassungsgerichts erregte allgemein Unverständnis, vergl. etwa Leicht aaO S. 97. Cramer stellt in diesem Zusammenhang die berechtigte Frage: "Soll das bedeuten, daß die Bundesregierung Beamte zum Postamt in Berlin-Mitte entsendet, welche die eingehende und ausgehende Post daraufhin überwachen?"; vergl. "Deutschland nach dem Grundvertrag" S. 117.

Diesem Bild eines wiedervereinigten Deutschlands entsprach die Aufforderung an die Bundesregierung, sich auch in Zukunft durch nichts davon abhalten zu lassen, die Unterschiede zwischen den Gesellschaftsordnungen in West- und Ostdeutschland deutlich hervorzuheben. Auch das läßt nur den Schluß zu, daß das Bundesverfassungsgericht nach wie vor - und insofern wiederum der Kontinuität der Rechtsprechung verpflichtet - den Vorstellungen der frühen 50er Jahre nachhing, nach denen es eine Wiedervereinigung nur in der Form der Einverleibung Ostdeutschlands geben durfte. Eine Änderung war lediglich insofern eingetreten, als aus der damaligen Rezeption nunmehr eine Antizipation der Politik durch das Bundesverfassungsgericht geworden war.

Tenor des Grundlagenvertragsurteils, Vertragsauslegung und politische Leitlinien sind Ausdruck eines Paradoxon: Obwohl dem Antrag der Bayerischen Staatsregierung, den Grundlagenvertrag für verfassungswidrig zu erklären, nicht stattgegeben wurde, waren doch eine ganze Reihe ihrer deutschlandpolitischen Vorstellungen vom Bundesverfassungsgericht gutgeheißen worden. Auf der anderen Seite wurde die Position der Bundesregierung, obwohl der Grundlagenvertrag für verfassungsgemäß erklärt wurde, in vielen Punkten korrigiert, die Beachtung dieser Korrektur in der Zukunft darüber hinaus durch konkrete Anweisungen sichergestellt. Damit hatte zum ersten Mal in der Geschichte der deutschlandpolitischen Rechtsprechung die Opposition ihre parlamentarische Niederlage durch den Gang nach Karlsruhe weitgehend wettmachen können.

Die Reaktionen auf das Urteil fielen dementsprechend aus. Die nominellen Verlierer fühlten sich als Sieger und sorgten mit dem Abdruck des gesamten Urteils im CSU-Organ "Bayernkurier"[197] für eine Publizität, die vordem keine Entscheidung des Bundes-

197) Ausgabe vom 4. August 1973. Der Abdruck des Urteils nebst einem Kommentar des CSU-Vorsitzenden Strauß dazu erschien darüber hinaus auch als Sonderdruck des "Bayernkurier".

verfassungsgerichts erfahren hatte. Diese publizistische Offensive von seiten der CSU war um so verständlicher, als sie von Anfang an deutlich gemacht hatte, daß es ihr weniger um eine Nichtigkeitserklärung des Grundlagenvertrages, sondern vielmehr darum gehe, ihn durch das Bundesverfassungsgericht interpretativ festbinden zu lassen.[198] Eben das war der Opposition gelungen.[199]

Die nominellen Sieger hingegen mochten ob ihres Sieges nicht recht froh werden. Bundesregierung sowie Koalitionsparteien SPD und FDP unterließen es daher auch regelmäßig, diese Festbindung zu erwähnen und stellten in erster Linie darauf ab, daß das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit des Grundlagenvertrages bestätigt habe.[200] Daß das nur die halbe Wahrheit ist[201], war der Regierungsseite allerdings sehr wohl bewußt. Auch sie konnte sich letztlich nicht der Erkenntnis verschließen, daß die künftige Deutschlandpolitik in "juristische Korsettstangen" gezwängt worden sei, die als lästig empfunden werden müßten.[202]

Vor dem Hintergrund des Vorverfahrens, in dem die eine Hälfte des Zweiten Senats ihre Sympathie für die Deutschlandpolitik der sozialliberalen Bundesregierung unmißverständlich zum Ausdruck gebracht hatte, erscheint es auf den ersten Blick verwunderlich, daß für die spezifische Auslegung des Grundlagenvertrags, vor allem aber für die "juristischen Korsettstangen" alle Richter votiert haben, das Urteil insgesamt also auf einem einstimmigen Votum beruhte. Die Antwort auf das

198) So z.B. der "Bayernkurier" vom 2. Juni 1973.
199) Ohne Übertreibung konnte Oppositionsführer Carstens daher feststellen: "Das Bundesverfassungsgericht setzt der Koalition klare Grenzen." Vergl. "Deutsches Monatsblatt", August 1973.
200) Typisch dafür war die Antwort des Sonderministers Bahr auf die Frage, ob das Urteil nicht den Handlungsspielraum der Bundesregierung einenge: "Also zunächst einmal muß man zu dem Spruch sagen, die Bundesregierung hat gewonnen und die Bayern haben verloren." Vergl. Günther Schmid "Politik des Ausverkaufs?" S. 253 f. Die gleiche Linie verfolgte z.B. auch Bundeskanzler Brandt in seiner Stellungnahme zu dem Urteil, BT, 7. WP, 76. Sitzung S. 4773.
201) So der Vorwurf des Oppositionsführers Carstens in seiner Replik auf die Bewertung des Urteils durch Brandt, aaO S. 4781.
202) "Vorwärts" vom 9. August 1973.

Warum hatte sich allerdings schon zum Ende des Vorverfahrens abgezeichnet. Die in diesem Verfahren offen zutage getretenen politischen Positionen, das Patt der Richter, drohten der Glaubwürdigkeit des Bundesverfassungsgerichts schweren Schaden zuzufügen. Nachdem die Richter diese Gefahr - wenn auch sehr spät - erkannt hatten, wählten sie die einzig mögliche Konsequenz, um die verfassungsgerichtliche Reputation, deren Kern nicht zuletzt die parteipolitische Neutralität ist, doch noch zu retten. Sie rangen sich zur Geschlossenheit durch.

Das wiederum war angesichts der politischen Gegensätze innerhalb des Zweiten Senats nur im Wege des Kompromisses möglich. Der Preis, den jene Richter, die den Grundlagenvertrag prinzipiell für vereinbar mit dem Grundgesetz hielten, nach dem Ausschluß des Richters Rottmann aber in der Minderheit waren, dafür zahlten, daß auch der zweite Antrag der Bayerischen Staatsregierung auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung abgelehnt wurde, bestand in ihrer Zustimmung zu einer realitätsfernen Auslegung des Grundlagenvertrags - dieser Schritt wurde durch die bisherige Rechtsprechung zweifellos erleichtert -, vor allem aber in der Zustimmung zu den Leitlinien.[203] Hierbei wiederum spielte ein psychologisches Moment eine nicht zu unterschätzende Rolle. Die Kompromißlosigkeit des Zweiten Senats nämlich, die in den Leitlinien ihren Niederschlag gefunden hat, entsprach exakt jener Kompromißlosigkeit, mit der die Bundesregierung im Vorverfahren den Wunsch des Gerichts abgelehnt hatte, mit der Ratifikation des Grundlagenvertrags bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu warten. Durch diese kompromißlose Haltung der Bundesregierung fühlten sich alle Richter in ihrem Selbstverständnis tangiert, Teilhaber des staatlichen Willensbildungsprozesses zu sein. Deshalb warnten sie so nachdrücklich vor einem "Überspielen" des Bundesverfassungsgerichts, deshalb beantworteten sie die kompromißlose Haltung der Bundesregierung schließlich mit gleicher Münze.

---

203) Zu einer ähnlichen Bewertung gelangt Leicht aaO S. 98 f.

Dieses psychologische Moment trug sicherlich auch dazu bei, daß sich die Richter in so offener Weise auf die Ebene des Politischen begaben; denn die Gestaltung und Regelung zukünftiger Sachverhalte - und eben das war mit den Leitlinien beabsichtigt - ist Domäne von Parlament und Regierung, nicht aber Aufgabe eines Gerichts. Zwar sind in Art. 7 des Grundlagenvertrags die Folgevereinbarungen angesprochen, zum Zeitpunkt der Überprüfung des Vertrages durch das Bundesverfassungsgericht war aber keine dieser Vereinbarungen abgeschlossen worden, so daß es insoweit nichts auszulegen gab, geschweige denn "mit warnendem Zeigefinger die Bundesregierung auf die verfassungsrechtlichen Grenzsteine"[204] hinzuweisen war. Ihren Eingang in das Urteil konnten diese politischen Leitlinien nur finden, weil eine wesentliche Grenzlinie der Rechtsprechungstätigkeit, die auch für das Bundesverfassungsgericht gilt, nicht beachtet wurde: das Gebot eines jeden Richters, seine Rechtsfindung auf das zu beschränken, was zur konkreten Entscheidung notwendig ist, sich aber in die Zuständigkeit und Verantwortlichkeit von Legislative und Exekutive nicht einzumischen. Diese richterliche Maxime wurde hier außer Kraft gesetzt; denn nicht die Überprüfung der Folgeverträge, sondern allein die des Grundlagenvertrags stand auf der Tagesordnung des Bundesverfassungsgerichts.

Eindringlicher Beweis für dieses Zuviel an richterlicher Tätigkeit sind die Ausführungen über Mauer, Stacheldraht, Todesstreifen und Schießbefehl - in einem Urteil, das die Vereinbarkeit des Grundlagenvertrags mit dem Grundgesetz zum Gegenstand hatte, in dem aber keine politisch-moralischen Urteile niederzulegen waren.[205] Die Bemerkung des Gerichts, daß die - durch nichts zu rechtfertigenden und beklagenswerten - Zustände an der innerdeutschen Grenze mit dem Grundlagenvertrag unvereinbar seien, offenbart darüber hinaus eine bedenkliche politische Fehleinschätzung, waren diese Zustände an der Grenze

---

204) Schuppert ZRP 1973 S. 260

205) Auch hier übernahm das Bundesverfassungsgericht einmal mehr politische Schlagwörter, in diesem Fall solche der Bayerischen Staatsregierung; vergl. GV S. 162.

zwischen den beiden deutschen Staaten doch im Gegenteil Voraussetzung für den Abschluß des Vertrages. Sie stehen also, so sehr das zu bedauern ist, nicht im Widerspruch zum Grundlagenvertrag. Deshalb auch geht die Schlußfolgerung des Gerichts fehl, der Vertrag gebe der Bundesregierung eine Handhabe, um die unmenschlichen Verhältnisse an der Grenze zu ändern.[206]

Der Zweite Senat hatte zu Beginn seines Urteils betont, daß es dem Grundsatz des judicial self-restraint verpflichtet sei, d.h. darauf verzichte, Politik zu treiben, und den von der Verfassung für die anderen Verfassungsorgane garantierten Raum freier politischer Gestaltung offenhalten wolle.[207] Die Leitlinien machten diese Beteuerung zu einem Lippenbekenntnis. Sie sind, da sie in die Gestaltung der zukünftigen Deutschlandpolitik eingreifen, geradezu das Gegenteil richterlicher Selbstbeschränkung, nämlich judicial activism. Durch diesen judicial activism ist der Handlungsspielraum in der Deutschlandpolitik erheblich eingeengt worden.[208] Diese Tatsache ist um so bedenklicher, als die Vergangenheit genügend Anschauungsmaterial liefert, wohin eine kompromißlose Politik führt. Die mehr oder weniger legalistische Deutschlandpolitik der 50er und 60er Jahre machte Vereinbarungen zwischen den beiden deutschen Staaten unmöglich, konnte darüber hinaus nicht verhindern, daß das Ziel der Wiedervereinigung immer unrealistischer, die innerdeutsche Grenze immer undurchlässiger und damit auch die Kommunikation zwischen den Deutschen immer geringer wurde. Angesichts dieser Erfahrungen stellt sich die Frage , ob das Bundesverfassungsgericht mit seinen politischen Leitlinien seiner eigenen Intention, nämlich die Merkmale deutscher Gemeinsamkeit nicht nur zu wahren, sondern nach Möglichkeit zu mehren, nicht tatsächlich zuwidergehandelt hat.

206) Ebenso C. Arndt, Die neue Gesellschaft 1974 S. 366 f.
207) GV S. 391
208) Davon wird allgemein ausgegangen, vergl. etwa Billing "Bundesverfassungsgericht und Außenpolitik" S. 172, Scheuner aaO S. 583, Delbrück "Quo vadis Bundesverfassungsgericht?" S. 95. Zu den Folgen dieser Einengung siehe unten S. 319 ff.

Jedenfalls bedurfte es keiner Gabe der Prophetie, um vorauszusagen, daß die Verhandlungen über die Nachfolgevereinbarungen durch die vom Bundesverfassungsgericht zur Pflicht gemachte Kompromißlosigkeit eher erschwert als erleichtert werden würden.[209] Zu einem gegenteiligen Schluß[210] konnte nur kommen, wer eben jene negativen Erfahrungen mit der einmal praktizierten legalistischen Deutschlandpolitik außer acht ließ.

Bedenklich ist der judicial activism aber auch unter einem anderen Blickwinkel. Bundesregierung und sonstige Organe Westdeutschlands sind durch das Grundlagenvertragsurteil verpflichtet, an einem Deutschlandbild festzuhalten, dessen Aufgabe durch den nach dem Grundgesetz höchsten Souverän, durch das Volk, in seiner Mehrheit ausdrücklich gebilligt worden war. Die Bundestagswahl 1972, durch die die Politik der sozialliberalen Koalition bestätigt wurde, war zumindest auch der Schlußstein eines zwei Jahrzehnte währenden Weges, der von der Nichtanerkennung der Teilung Deutschlands wie auch des ostdeutschen Staates zur allmählichen Hinnahme zweier deutscher Staaten geführt hatte. Dieser schmerzliche Prozeß, der gerade wegen seiner Länge ohne ernsthafte Belastungsprobe für das westdeutsche Gemeinwesen vonstatten gehen konnte[211], ist durch das Grundlagenvertragsurteil erneut in Gang gesetzt worden. Damit hat das Gericht aufs neue Hoffnungen geweckt, die es weder selbst noch die Bundesregierung zu erfüllen in der Lage sein werden.

Der Gegensatz zwischen sieben Verfassungsrichtern und der Mehrheit der westdeutschen Bevölkerung gewinnt wiederum besondere Bedeutung, wenn man sich vor Augen hält, daß das Gericht weniger Rechtsprechung als vielmehr Politik praktiziert hat. Unübersehbare Zeichen dafür sind die Entscheidungsfindung des Zweiten Senats im Wege des Kompromisses, die politischen Leitlinien wie auch die Charakterisierung des Grundlagenvertragsurteils durch die Opposition als "wichtiger politischer Erfolg"[212].

209) So etwa Leicht aaO S. 107, Tiessen aaO S. 62.
210) Cramer aaO S. 115, H.H. Mahnke DA 1974 S. 133
211) Auf den Gesichtspunkt des Ausbleibens destabilisierender Elemente im Zuge der Anerkennung der Realitäten macht vor allem Bracher aufmerksam; vergl. "Die Krise Europas" S. 322 f.
212) So der CDU-Vorsitzende Strauß in der FAZ vom 24. November 1976.

Entscheidender für diese Bewertung ist allerdings eine andere Tatsache. Der Grundstock für die Entscheidung des Jahres 1973 ist bereits in den Jahren 1951 bis 1957 gelegt worden. Damals war die Rechtsprechung im Grunde nichts anderes als Politik; sie fand im Grundgesetz keine Stütze, sondern erschöpfte sich lediglich in der Übernahme politischer Ansprüche und Behauptungen auf die Rechtsebene. Da das Grundlagenvertragsurteil auf eben dieser Rechtsprechung basiert, handelt es sich also nicht nur um eine Kontinuität der Rechtsprechung, sondern daneben auch um eine Kontinuität politischer Ansprüche und Behauptungen.[213] Vor allem aus diesem Grunde ist das Grundlagenvertragsurteil im Kern eine politische Entscheidung.

In den 50er und 60er Jahren ist der politische Gehalt der verfassungsgerichtlichen Aussagen zur deutschen Frage kaum zur Kenntnis genommen worden, weil Rechtsprechung und Politik kohärent waren, weil die Rechtsprechung lediglich rezipierte, was auf politischer Ebene entschieden war. In dem Moment, wo in der Deutschlandpolitik der Kontakt mit Ostdeutschland gesucht und ganz bewußt auf frühere juristische Positionen, die wiederum auf politischen Positionen gründeten und im Grundgesetz nicht verankert waren, verzichtet wurde, wurde schlagartig klar, welchen politischen Gehalt die Deutschland-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hatte. Das Vorverfahren war ebenso Bestätigung dieser These wie die politischen Leitlinien hierfür nur der letzte Beweis sind. Mit ihnen hat sich das Gericht offen und nachdrücklich als "Teilhaber an der auswärtigen Gewalt"[214] in Erinnerung gebracht, sie haben erneut gezeigt, daß politische Streitigkeiten ihre Qualität nicht durch Überweisung an das Bundesverfassungsgericht verlieren, mögen sie dort auch unter dem Begriff "politische Rechtsstreitigkeiten" firmieren.

---

213) Insofern entbehrte der bisweilen gehörte Vorwurf der Grundlage, die Bundesregierung wolle den Grundlagenvertrag nicht am Grundgesetz, sondern umgekehrt das Grundgesetz am Grundlagenvertrag messen; so z.B. FAZ vom 27. Juni 1973.

214) Wilke/Koch aaO S. 234

4. Nach dem Urteil

Nach § 31 Abs. 1 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht binden die Entscheidungen dieses Gerichts alle Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden. Obwohl nicht unbestritten, wird überwiegend davon ausgegangen, daß sich diese Bindungswirkung nicht nur auf die Entscheidungsformel, auf den Tenor beschränkt, sondern auch die das Urteil tragenden Gründe erfaßt.[215] Begründet wird diese weitergehende Erstreckung der Bindungswirkung mit der Knappheit jeder Entscheidungsformel, die oft nicht erkennen lasse, warum eine Entscheidung so und nicht anders ausgefallen sei.[216] Da das Grundlagenvertragsurteil im Rahmen eines abstrakten Normenkontrollverfahrens ergangen ist, wurde der Tenor der Entscheidung gemäß § 31 Abs. 2 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht[217] und hat damit gegenüber der allgemeinen Bindungswirkung eine weitere Steigerung erfahren: Er hat Gesetzeskraft erhalten. Nach einhelliger Auffassung erstreckt sich die Gesetzeskraft - im Gegensatz zur allgemeinen Bindungswirkung - jedoch nur auf den im Bundesgesetzblatt abgedruckten Tenor einer Entscheidung.[218] Diese Beschränkung der Gesetzeskraft auf den Tenor erscheint sinnvoll, da in den Fällen des § 31 Abs. 2 in der Entscheidungsformel im allgemeinen die Normen aufgezählt werden, die vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig bzw. verfassungsgemäß gehalten werden.

Die Karlsruher Richter gaben sich mit dieser eindeutigen Regelung nicht zufrieden. Damit die staatlichen Organe Westdeutschlands auch tatsächlich entsprechend ihren Ausführungen handeln, sich darüber hinaus auch die Bürger angesprochen fühlen, hat das Gericht eine bislang nicht bekannte Methode angewandt. Das gesamte Urteil wurde zu die Entscheidung tragenden Gründen erklärt.[219] Da der Tenor des Grundlagenvertragsurteils wiederum

215) Maunz u.a. "Bundesverfassungsgerichtsgesetz" § 15 S. 15 f
216) Man halte sich z.B. den möglichen Tenor einer Entscheidung vor Augen, die aufgrund einer Verfassungsbeschwerde ergeht: "Die Verfassungsbeschwerde wird abgewiesen." Vergl. Maunz u.a. aaO S. 15.
217) BGBl I 1973 S. 1058
218) Maunz u.a. aaO S. 26
219) GV S. 403

die Einschränkung enthält, daß der Grundlagenvertrag nur "in der sich aus den Gründen ergebenden Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar" sei, ist mit diesem Kunstgriff der gesamten Urteilsbegründung indirekt Gesetzeskraft verliehen worden, insbesondere also auch den politischen Leitlinien.

Vielerorts ist dem Bundesverfassungsgericht die Berechtigung abgesprochen worden, in dieser Form ein ganzes Urteil quasi zum Gesetz zu machen.[220] Wie immer diese Rechtsproblematik beurteilt wird, unter politischem Gesichtspunkt handelt es sich dabei um einen lediglich akademischen Streit. Die Bindungswirkung des Grundlagenvertragsurteils bleibt, ob es nun in seiner Gesamtheit Gesetzeskraft hat oder nicht, davon unberührt; denn wie die deutschlandpolitische Rechtsprechung gezeigt hat, kommt es nicht darauf an, ob die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts formal Gesetzeskraft entfalten, sondern entscheidend ist allein, ob die politisch Handelnden vor dem Hintergrund bisheriger Rechtsprechung mit einem negativen oder positiven Votum aus Karlsruhe rechnen müssen. Die Kontinuität der Rechtsprechung, der sich das Bundesverfassungsgericht ebenso wie die anderen Gerichte verpflichtet fühlt, ist unübersehbare Mahnung an alle Organe, daß die verfassungsgerichtlichen Stellungnahmen auch dann zu beachten sind, wenn sie nicht Gesetzeskraft haben. Unter Berücksichtigung dieser Tatsache scheint das Bundesverfassungsgericht mit seinem ungewöhnlichen Schritt einzig den Zweck verfolgt zu haben, in unzweideutiger Weise seinen ernsthaften Willen zu bekunden, ohne Wenn und Aber an seiner Rechtsprechung in Zukunft nicht nur festzuhalten, sondern gegebenenfalls seinen Positionen in der politischen Auseinandersetzung mit allen Konsequenzen Geltung zu verschaffen.

Ersteres hat das Gericht nach dem Urteil zum Grundlagenvertrag getan, zu letzterem bestand dagegen bisher kein Anlaß. In drei Entscheidungen aus den Jahren 1974, 1975 und 1977 wiederholten Zweiter und Erster Senat die im Grundlagenvertragsurteil nieder-

220) So etwa C. Arndt aaO S. 365, Scheuner aaO S. 583.

gelegten Grundpositionen: daß Berlin ein Land der Bundesrepublik Deutschland sei, daß der gesamtdeutsche Staat weiterhin existiere und es nur eine deutsche Staatsangehörigkeit gebe.[221] Trotz der Kritik, mit der das Grundlagenvertragsurteil wegen seiner Realitätsferne und wenig zwingenden Logik bedacht worden war, verstand sich das Bundesverfassungsgericht also zu keiner Korrektur seines Deutschlandbildes, was im Hinblick auf seine Berlin-Rechtsprechung zum wiederholten Male die Westalliierten auf den Plan rief mit der Folge, daß die "juristischen Luftbrücken von Karlsruhe nach West-Berlin"[222] auf ihre Anweisung hin nicht in Anspruch genommen werden durften.[223]

Im Blick auf die Deutschlandpolitik nach dem Urteil zum Grundlagenvertrag hätte es dieser Bekräftigung des verfassungsgerichtlichen Deutschlandbildes allerdings nicht bedurft. Der sozialliberalen Bundesregierung war nur zu deutlich bewußt, daß die Rechtsprechung von einem überwindbaren Hindernis zu einer unübersteigbaren Barriere geworden war. Nicht ohne den Wunsch, es ebenso zu machen, wird der eine oder andere Repräsentant der Koalitionsparteien SPD und FDP registriert haben, daß die Nichtbeachtung verfassungsgerichtlicher Urteile ein Privileg der Westmächte ist. Der Bundesregierung hingegen blieb und bleibt nichts anderes übrig, als sich damit abzufinden, daß das Bundesverfassungsgericht eine ernsthafte Erörterung alternativer Lösungen im Rahmen der Verhandlungen über die im Grundlagenvertrag vorgesehenen Folgevereinbarungen zwischen West- und Ostdeutschland praktisch untersagt hat. Mit welchen politischen Konsequenzen, wurde für jedermann rasch sichtbar.

221) BVerfGE 37 S. 57 ff (Brückmann-Entscheidung), 40 S. 141 ff (Verfassungsbeschwerden gegen den deutsch-sowjetischen und deutsch-polnischen Vertrag), 43 S. 203 ff (Verfassungsbeschwerden gegen den deutsch-tschechoslowakischen Vertrag). Sämtliche Verfassungsbeschwerden wurden im übrigen abschlägig beschieden.

222) So Wengler JZ 1974 S. 528.

223) Vergl. Finkelnburg NJW 1974 S. 1970 f sowie BK/O (74) 2, GVBl Berlin 1974 S. 1055.

Im Innern ist die politische Argumentation, die bis zum Grundlagenvertragsurteil noch im Vordergrund stand, seitdem mehr und mehr der juristischen Betrachtung gewichen. Das gilt - was nicht überraschen kann - zuvörderst für die Oppositionsparteien CDU und CSU. Den Rahmen ihrer Deutschlandpolitik hat der Abgeordnete Abelein während einer der vielen Bundestagsdebatten, die zu diesem Thema nach dem Urteil stattfanden, klar abgesteckt: "Er liegt im gemeinsam gefaßten Beschluß des Deutschen Bundestages vom 17. Mai 1972, in dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Grundlagenvertrag und in dem Brief zur deutschen Einheit."[224] Alle deutschlandpolitischen Bemühungen hätten von den in diesen drei Dokumenten niedergelegten Rechtspositionen auszugehen, d.h. die Bemühungen dürften nicht dazu führen, diese Rechtspositionen zwangsläufig auszuhöhlen.[225] Ob man das Grundsatzpapier der CSU zur Deutschlandpolitik[226] oder aber die auf dem Parteitag 1977 verabschiedeten Grundlinien der CDU zur Deutschlandpolitik[227] zur Hand nimmt, politische Konzepte werden durch das Beharren auf Rechtsstandpunkten ersetzt. Kaum ein Wort davon, daß Basis der Deutschlandpolitik zumindest auch der völkerrechtlich verbindliche Grundlagenvertrag ist, auch keine Erwägung darüber, ob eine so verrechtlichte Deutschlandpolitik geeignet ist, das Verhältnis der beiden deutschen Staaten zueinander zu verbessern, d.h. den Zusammenhalt der Nation - erklärtes Ziel aller Parteien - langfristig zu sichern.

Verständlicherweise klangen die Äußerungen von Regierung und Koalitionsparteien SPD und FDP sehr viel gedämpfter, waren sie es doch gewesen, die nach jahrelanger Stagnation durch Aufgabe von Rechtsstandpunkten Bewegung in die Deutschlandpolitik gebracht hatten. Dementsprechend hatten ihre Stellungnahmen weniger den Charakter eines Glaubensbekenntnisses als vielmehr den der Beteuerung, daß ihre Deutschlandpolitik in Übereinstimmung mit

224) BT, 8. WP, 29. Sitzung S. 2055
225) So der Präsident des Deutschen Bundestages Carstens, Parteitag der CDU 1977, Protokoll der Verhandlungen S. 182.
226) "Bayernkurier" vom 4. März 1978
227) aaO S. 268 ff

der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundlagenvertrag stehe.[228] Beispielhaft für diese eher defensive Haltung war die Auseinandersetzung um eine Rede Bundeskanzler Schmidts im Herbst 1977 in West-Berlin, in der er festgestellt hatte: "Berlin ist zwar kein Bestandteil der Bundesrepublik, aber niemand kann die gewachsenen Bindungen leugnen."[229] Diese klare Sprache wurde von der Opposition als staats- und verfassungsrechtlich nicht korrekt und als unzulässig bezeichnet, weil sie den Spruch des Bundesverfassungsgerichts außer acht lasse.[230] Anstatt diesen Vorwurf jedoch offensiv mit dem Hinweis auf die Suspendierung des Berlin betreffenden Teils des Art. 23 des Grundgesetzes durch die Westmächte, genauer: mit dem Hinweis auf die allein geltende völkerrechtliche Lage zu entkräften, reagierte die Bundesregierung mit Blick auf Karlsruhe ausweichend. Sie bediente sich nämlich bei der Rechtfertigung der staatsrechtlichen Charakterisierung durch Bundeskanzler Schmidt der Sprachregelung, die nach der Berlin-Entscheidung aus dem Jahre 1957 entwickelt worden war, um die nicht zu vereinbarenden Positionen von Bundesverfassungsgericht und Westmächten miteinander in Deckung zu bringen: "Die Äußerung des Bundeskanzlers bezog sich auf die rechtliche Gesamtsituation Berlins, die sich aus der Überlagerung des deutschen Staats- und Verfassungsrechts durch die Vorbehaltsrechte der Alliierten ergibt."[231] Da es bei der Zuordnung West-Berlins zu Westdeutschland aber weder auf die Meinung des Bundesverfassungsgerichts noch die der Bundesregierung, sondern einzig auf die Westmächte ankommt, ist diese "rechtliche Gesamtsituation" eine Fiktion, die die Bundesregierung übernehmen zu müssen glaubte, um dem Eindruck entgegenzuwirken, sie stehe im Widerspruch zur - wenig haltbaren und im übrigen irrelevanten - Berlin-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

---

228) So etwa die Bundesregierung in ihrer Antwort auf die Große Anfrage der CDU/CSU zur Deutschlandpolitik vom 6. Dezember 1974, Drucksache 7/2934 S. 4; vergl. auch Bundeskanzler Schmidt BT, 7. WP, 146. Sitzung S. 10034.

229) BT, 8. WP, 59. Sitzung S. 4573

230) BT, 8. WP, 52. Sitzung S. 4019 ff

231) So Staatsminister von Dohnanyi aaO S. 4019; vergl. im übrigen oben S. 173.

Wie die deutschlandpolitische Diskussion so wurde auch das deutschlandpolitische Handeln unübersehbar von der Rechtsprechung beeinflußt. Zwei Beispiele mögen das veranschaulichen. Nach dem Zusatzprotokoll zu Art. 3 des Grundlagenvertrages ist eine Kommission aus Beauftragten der Regierungen beider deutscher Staaten mit dem Auftrag gebildet worden, die Markierung der innerdeutschen Grenze zu überprüfen und, soweit erforderlich, zu erneuern und zu ergänzen. Mit Ausnahme der Markierung eines kleinen Teilabschnitts im Bereich des Harzes sowie vor allem des Grenzverlaufs an der Elbe hat die Kommission ihre Arbeit beendet.[232] Hier allerdings scheint eine Einigung ausgeschlossen; denn als im Herbst 1974 durchsickerte, die Bundesregierung wolle sich bereit erklären, auf die ostdeutsche Forderung einzugehen und nicht, wie von westdeutscher Seite bisher deklariert, das östliche Ufer der Elbe, sondern die Strommitte als Grenze anzuerkennen[233], lehnte die Opposition eine solche auf Wasserstraßen international übliche Grenzziehung ab, weil sie die Aufgabe von Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland bedeute und daher mit dem Wahrungs- und Wiedervereinigungsauftrag des Grundgesetzes unvereinbar sei.[234] Selbstverständlich trat die Bundesregierung dem Vorwurf verfassungswidrigen Handelns entgegen[235], angesichts der Drohung der Opposition, sie behalte sich nach eingehender rechtlicher Prüfung entsprechende Schritte vor - und das konnte nur der Gang nach Karlsruhe sein -, blieb ihr allerdings keine andere Wahl, als die Grenzmarkierung insbesondere des Elbeabschnitts aus der Arbeit der Grenzkommission auszuklammern und auch weiterhin mit der unbefriedigenden und unsicheren Praxis vorliebzunehmen, nach der Westdeutschland das östliche Ufer und Ostdeutschland die Strommitte der Elbe als Grenzlinie betrachten.[236]

---

232) Vergl. Bulletin 1978 S. 1321 ff.

233) Vergl. zu den Berichten in der Presse die Stellungnahmen der Bundesregierung, Bulletin 1974 S. 1279.

234) BT, 7. WP, 131. Sitzung S. 8881 und 8943

235) aaO S. 8944

236) Ostdeutschland ging nach langem Zögern auf den Vorschlag der Bundesregierung ein, dieses Problem auszuklammern. In diesem Zusammenhang ist nicht ohne Interesse, daß inzwischen auch die ostdeutsche Seite die Rechtsprechung als Mittel in der politischen Auseinandersetzung entdeckt hat; denn nach einem Urteil ihres höchsten Gerichts bildet auf der Elbe die Mitte des Talweges die innerdeutsche Grenze; vergl. FAZ vom 10. November 1977.

Dieser negative Effekt des Grundlagenvertragsurteils in Form des Gar-nicht-erst-tätig-Werdens gegenüber dem ostdeutschen Partner zeigte sich auch im Zusammenhang mit der Problematik der deutschen Staatsangehörigkeit. Als der Ständige Vertreter in Ost-Berlin, Staatssekretär Gaus, Anfang 1977 in einem Interview dazu aufforderte, "für die Staatsangehörigkeitsfrage Lösungen und Verhaltensweisen (zu) finden, die nicht immer wieder neue politische Konflikte zwischen den beiden Staaten heraufbeschwören"[237], hob die Opposition wiederum lautstark und warnend ihre Stimme. Schon diese Aufforderung zur Kompromißbereitschaft - um mehr handelte es sich bei der vagen Formulierung Gaus' nicht - wurde von ihr mit Bezug auf das Urteil als verfassungswidrig qualifiziert[238], ein Vorwurf, der das sofortige Abrücken aller politischen Repräsentanten von SPD und FDP von den Vorstellungen ihres Staatssekretärs zur Folge hatte. Unisono wurde beteuert, "die Bindungswirkung des Grundlagenvertragsurteils des Bundesverfassungsgerichts steht für die Bundesregierung außer Zweifel"[239], es sei selbstverständlich, daß alle deutschlandpolitischen Regelungen "nur denkbar und möglich sind im Einklang mit dem Grundgesetz und dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Grundlagenvertrag"[240].

Dieses In-den-Vordergrund-Treten der juristischen Argumentation war die zwangsläufige Folge des Grundlagenvertragsurteils[241];

---

237) "Der Spiegel" vom 31. Januar 1977

238) Vergl. die Stellungnahmen der Abg. Zimmermann (CDU/CSU) und von Wrangel (CDU/CSU) in der FAZ vom 1. Februar 1977 sowie BT, 8. WP, 14. Sitzung S. 670 ff.

239) So Staatsminister Wischnewski aaO S. 664.

240) So Abg. Schmude (SPD) aaO S. 668. Gut zwei Jahre später wurde im übrigen die gleiche Auseinandersetzung geführt, nachdem führende Vertreter der SPD öffentlich bezweifelt hatten, ob die Verwendung der Begriffe "Wiedervereinigung" und "deutsche Frage" in der gegenwärtigen deutschlandpolitischen Situation noch opportun sei. Vergl. BT, 8. WP, 148. Sitzung S. 11853 ff.

241) Das ist selbst auf Gebieten festzustellen, die recht eigentlich mit der Deutschlandpolitik nichts zu tun haben. So sah sich die CDU/CSU-Mehrheit des Bundesrates nicht in der Lage, dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Neufassung des Umsatzsteuergesetzes zuzustimmen, weil "die Gebiete der Deutschen Demokratischen Republik und von Berlin (Ost) im Umsatzsteuergesetz als Gebiete bezeichnet werden, die nicht zum 'Inland' gehören". Unter ausdrücklichem Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wurde vielmehr gefordert, "daß im Umsatzsteuergesetz 1980 der Begriff 'Inland' wie im geltenden Umsatzsteuergesetz mit dem Reichsgebiet in den Grenzen vom 31. Dezember 1937 zu definieren ist, damit die Einheit Deutschlands auch in diesem Gesetz künftig zum Ausdruck kommt". Vergl. BR, 476. Sitzung S. 212.

das um so mehr, als namentlich kein Politiker der Koalitionsparteien den Versuch unternahm, die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts daraufhin zu überprüfen, ob sie auch tatsächlich aus dem Grundgesetz ableitbar sind. Angesichts der juristisch zweifelhaften Stringenz der Rechtsprechung muß das als ein schwerwiegendes Versäumnis erscheinen, das nicht unwesentlich zur Renaissance einer legalistischen Deutschlandpolitik beigetragen hat, die von allen politischen Kräften - von den einen aus Überzeugung, von anderen eher widerstrebend - getragen wurde bzw. wird. Insofern ist Hans-Peter Schwarz zuzustimmen, daß sich "aus dem Grundvertragsurteil des Bundesverfassungsgerichts eine neue deutschlandpolitische Grundposition der Verfassungsparteien herausgebildet"[242] hat. Diese den Parteien vom Bundesverfassungsgericht förmlich aufgezwungene gemeinsame Grundposition weist allerdings einen erheblichen Mangel auf: Sie ist nicht verhandlungsfähig.

Damit stellt sich die Frage nach den Auswirkungen des Urteils im Außenverhältnis, speziell im Verhältnis zu Ostdeutschland. Ein Blick auf das Schicksal der Folgeabkommen, die zu schließen sich die beiden deutschen Staaten im Grundlagenvertrag verpflichtet haben, gibt Aufschluß über eine der Folgewirkungen. Von zehn im Zusatzprotokoll zu Art. 7 des Grundlagenvertrages in Aussicht genommenen Folgevereinbarungen[243] sind bisher lediglich drei abgeschlossen worden, und zwar auf dem Gebiet des Gesundheitswesens, des Post- und Fernmeldewesens sowie des nichtkommerziellen Zahlungsverkehrs. Bei diesen drei Abmachungen ist es der Bundesregierung gelungen, eine Berlin-Klausel durchzusetzen. Auf den anderen Gebieten wie etwa der Wirtschaft, der Wissenschaft und Technik, der kulturellen Zusammenarbeit oder des Rechtsverkehrs stagnieren dagegen die Verhandlungen, weil sich Ostdeutschland der Einbeziehung West-Berlins in die entsprechenden Abkommen widersetzt bzw. im Zusammenhang mit dem angestrebten Rechtsabkommen auf der ausdrücklichen Anerkennung einer eigenen Staatsangehörigkeit besteht.[244]

---

242) Zur Sache 4/77 S. 27

243) Ein elfter Bereich ist der des Verkehrs. Da jedoch im Jahre 1972, also vor Abschluß des Grundlagenvertrages, der Verkehrsvertrag abgeschlossen worden ist, wird dieser Bereich hier nicht mitgezählt.

244) Vergl. die Antwort der Bundesregierung auf entsprechende Große Anfragen der CDU/CSU, Drucksachen 8/255 S. 7 f, 8/1553 S. 14 f.

Mögen die Verhandlungen zwischen den beiden deutschen Staaten über die verschiedenen Themenbereiche auch wegen sachlicher Differenzen noch nicht abgeschlossen sein[245], so zeigt doch ein anderes Beispiel, daß die Forderung nach Einbeziehung West-Berlins ein schier unüberwindbares Hindernis bildet. Seit Jahren sind drei Abkommen zwischen Westdeutschland und der Sowjetunion unterschriftsreif - auf dem Gebiet der Rechtshilfe, der kulturellen Beziehungen sowie der wissenschaftlich-technischen Zusammenarbeit -, können jedoch nicht wirksam werden, weil eine Einigung über die Einbeziehung West-Berlins bisher nicht erreicht werden konnte. Zwar ist richtig, daß die Bundesregierung nach Abschluß des Grundlagenvertrages wiederholt betont hat, ohne eine solche Einbeziehung werde sie kein Folgeabkommen abschließen[246], die Staatsangehörigkeitsfrage sei darüber hinaus für sie kein Verhandlungsgegenstand[247]; ebenso zweifelsfrei ist aber auch, daß eine wesentliche Ursache dieser festen Haltung das Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1973 ist.[248] Da einerseits die Bundesregierung diese kompromißlose Verhandlungsposition, selbst wenn sie es wollte, nicht aufgeben kann, ohne sich dem Vorwurf verfassunswidrigen Handelns auszusetzen, sich andererseits Ostdeutschland mindestens ebenso kompromißlos zeigt, ist ein Ende der Stagnation bei den deutschlandpolitischen Verhandlungen nicht in Sicht.

---

245) Diesen Eindruck versucht die Bundesregierung zu vermitteln, Drucksache 8/1553 S. 15.

246) Der Leiter der Politischen Abteilung des Auswärtigen Amtes, van Well, äußerte z.B.: "Unerklärlich ist, wie die Sowjetunion realistischerweise annehmen kann, daß die Bundesregierung angesichts der politischen und rechtlichen Lage je imstande sein könnte, von einer Berlin-Einbeziehung abzusehen ..." EA 1976 S. 647 f.

247) Drucksache 8/1553 S. 15

248) Nur am Rande sei erwähnt, daß sich das Urteil über den politischen mehr und mehr auch auf den wissenschaftlichen Bereich auszuwirken beginnt. So argumentiert etwa Ludz lakonisch: "Die DDR verlangt u.a. von der Bundesrepublik die Anerkennung der eigenen Staatsbürgerschaft - eine Forderung, die diese - schon wegen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts von 1973 - nicht erfüllen kann.", während Hacker zu einer Interpretation des Viermächteabkommens gelangt, die es erlaubt, "Berlin (West) auch weiterhin als Land der Bundesrepublik Deutschland zu bezeichnen". Vergl. einerseits "Die DDR zwischen Ost und West" S. 278, andererseits PM 1978 H. 179 S. 10 sowie allgemein die Diskussion zur Lage Deutschlands nach dem Grundlagenvertragsurteil in "Finis Germaniae?" S. 13 ff.

Eine weitere Außenwirkung des Karlsruher Urteils machte sich hinsichtlich der Bindungen zwischen West-Berlin und Westdeutschland bemerkbar. Im ersten Jahr nach Inkrafttreten des Viermächteabkommens, bis zur Mitte des Jahres 1973, wandten sich zwar sowohl die Sowjetunion als auch Ostdeutschland weiterhin gegen diese Bindungen, die im Viermächteabkommen ausdrücklich bestätigt worden sind, beließen es im allgemeinen jedoch bei kritischen Kommentaren, wenn sich etwa westdeutsche Amtspersonen und Verfassungsorgane in West-Berlin aufhielten.[249] Erst zwei unmittelbar aufeinanderfolgende Entscheidungen westdeutscher Organe gaben offensichtlich den Anstoß zu der harten und unnachgiebigen Haltung, die seitdem auf östlicher Seite zu beobachten ist und bei jeder Gelegenheit zu förmlichen Protesten führt[250], und seien diese auch nur gegen die Tagung des Zentralverbandes deutscher Schornsteinfeger in West-Berlin gerichtet.[251] Diese beiden Entscheidungen waren einmal das Grundlagenvertragsurteil vom 31. Juli, zum anderen die Entscheidung der Bundesregierung vom 27. August 1973, das Umweltbundesamt in West-Berlin zu errichten.[252]

Daß zwischen diesen beiden Entscheidungen für die östliche Seite ein untrennbarer Zusammenhang bestand, beweist die Tatsache, daß die massive Kritik an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht unmittelbar nach der Verkündung des Urteils, sondern erst nach der Wahl West-Berlins als Standort für das Umweltbundesamt richtig einsetzte.[253] In den Augen der Sowjetunion wie auch Ostdeutschlands wurde auf der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten juristischen Grundlage praktische Politik betrieben, die das Ziel hatte, West-Berlin entgegen dem Viermächteabkommen zu einem westdeutschen Bundesland zu machen. Vor dem Hintergrund des gerade im Verhältnis von Westdeutschland zur Sowjetunion latent vorhandenen Mißtrauens führten diese beiden innerhalb weniger Wochen getroffenen Entscheidungen zu einer erneuten Verhärtung der Berlin-

249) Wettig "Fünf Jahre Berlin-Abkommen" S. 24 ff
250) Vergl. dazu die Dokumentation der UdSSR und Ostdeutschlands "Das vierseitige Abkommen über Westberlin und seine Realisierung" S. 153 ff.
251) So der Botschafter der UdSSR in Ost-Berlin, Abrassimow, am 24. Mai 1976 gegenüber dem französischen Botschafter in Bonn.
252) Zur Geschichte des Umweltbundesamtes AdG 1974 S. 18847 ff.
253) Vergl. Hennig aaO S. 96 f.

Fronten, die bis heute anhält[254] und zu einem unüberbrückbaren Dissens im Verständnis des Viermächteabkommens geführt hat. Danach gilt im Osten die Devise, daß verboten ist, was nicht ausdrücklich erlaubt ist, während im Westen genau dem Gegenteil das Wort geredet wird, daß nämlich erlaubt ist, was nicht ausdrücklich verboten ist.[255]

Ziel der Deutschlandpolitik der sozialliberalen Koalition war und ist es, das Verhältnis der beiden deutschen Staaten zueinander zu entkrampfen. Die Grundlage dafür wurde mit dem Grundlagenvertrag geschaffen. An diesem Gerüst ist bislang nur punktuell weitergearbeitet worden. Wohl gilt, daß die Deutschlandpolitik der sozialliberalen Bundesregierung die Voraussetzung für millionenfache Begegnungen der Deutschen untereinander geschaffen sowie den Krisenherd West-Berlin zu einem gut Teil entschärft hat; beides ist nicht geringzuachten. Auf der anderen Seite ist jedoch nicht zu leugnen, daß seit 1973 wenig bewegt worden ist. Seitdem sind nur noch Regelungen mehr technischer Art erreicht worden, wozu sowohl die drei erwähnten Folgevereinbarungen gehören, bei denen die Einbeziehung West-Berlins gelang, als auch Vereinbarungen über die Verbesserung des Verkehrs zwischen West-Berlin und Westdeutschland.[256] Zu diesen technischen Vereinbarungen fand sich

254) Nicht zuletzt die Auseinandersetzungen über die Entsendung von drei Westberliner Abgeordneten in das im Juni 1979 zum erstenmal direkt gewählte Europäische Parlament waren sichtbarer Beweis für diese Verhärtung, zumal diese Entsendung nicht nur von verbalen Protesten der Sowjetunion und Ostdeutschlands begleitet, sondern mit der künftigen Direktwahl der Ostberliner Abgeordneten zur Volkskammer beantwortet wurde. Vergl. AdG 1979 S. 22630 und FAZ vom 29. Juni 1979.

255) Selbstverständlich sind Nuancen feststellbar, wie die Überlegungen des Regierenden Bürgermeisters von Berlin Stobbe zeigen. Er nimmt vor dem Hintergrund der negativen Erfahrungen mit dem Umweltbundesamt hinsichtlich der Aufrechterhaltung und des Ausbaus der Bindungen zwischen West-Berlin und Westdeutschland eine sehr viel pragmatischere Haltung ein als etwa das Auswärtige Amt und warnt deutlich vor einem weiteren Test der Belastbarkeit des Viermächteabkommens; EA 1977 S. 478 ff.

256) Vergl. die Aufzählung der inzwischen getroffenen technischen Vereinbarungen durch die Bundesregierung, Drucksache 8/255 S. 2 f, sowie die Verkehrsvereinbarungen vom 16. November 1978, Bulletin S. 1247 ff.

Ost-Berlin vor allem auch deshalb bereit, weil sie regelmäßig einen finanziellen Vorteil - in Form von Devisen - für Ostdeutschland beinhalten. Wo dieser finanzielle Anreiz für Ostdeutschland nicht gegeben ist, wirkt sich hingegen die Berlin- und die Staatsangehörigkeitsproblematik als Verhandlungshindernis aus. Das gilt sowohl für die Verbesserungen im humanitären Bereich - etwa für die von Westdeutschland angestrebte Herabsetzung der Altersgrenze für Reisen von ostdeutschen Bürgern nach Westdeutschland, die Ost-Berlin wiederholt mit der Forderung nach einer in seinem Sinne zufriedenstellenden Staatsangehörigkeitsregelung verbunden hat[257] - wie auch für solche Vereinbarungen, die zu einem intensiveren Miteinander der Deutschen in Ost und West führen könnten, etwa auf dem Gebiet der kulturellen Zusammenarbeit oder der Wissenschaft, die bisher an dem Berlin-Dissens scheiterten.

Die Ursache für die Stagnation in der Deutschlandpolitik liegt nicht zuletzt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die weitere Vereinbarungen erschwert, wenn nicht unmöglich macht, weil sie Kompromißlosigkeit zur einzig gültigen Maxime erklärt hat. Darüber hinaus hat das Urteil zum Grundlagenvertrag nicht unwesentlich zur Klimaverschlechterung in der Auseinandersetzung um West-Berlin beigetragen. Diese zweite Außenwirkung ist vor allem auch deshalb bedenklich, weil die westdeutsche Berlin-Politik nicht nur den Argwohn des Ostens hervorruft, sondern auch von den Westmächten nicht in allen Punkten gutgeheißen wird. So ist die Entscheidung der Bundesregierung für West-Berlin als Sitz der geplanten Deutschen Nationalstiftung nicht etwa wegen der zu erwartenden östlichen Proteste ausgeblieben, sondern weil die Westmächte ihren Standpunkt frühzeitig in unmißverständlicher Weise kundgetan hatten: "noch einmal so ein Vorgang wie um das Umweltbundesamt und Sie können nicht mehr mit unserer Hilfe rechnen."[258]

---

257) Vergl. die Ausführungen des SED-Generalsekretärs Honecker in seinem Interview mit der "Saarbrücker Zeitung" vom 6. Juli 1978.

258) Auf diese in Westdeutschland nur ungern zur Kenntnis genommene Tatsache machte Abg. Mattick (SPD) aufmerksam, nachdem Abg. Lorenz (CDU) einmal mehr den Vorwurf erhoben hatte, die Bundesregierung weiche einer Entscheidung für West-Berlin wegen der östlichen Einschüchterungsversuche aus; BT, 8. WP, 7. Sitzung S. 216 ff.

Die Ansichten darüber, ob die vom Bundesverfassungsgericht auferlegte feste Haltung in der Deutschlandpolitik positiv oder negativ zu bewerten ist, gehen naturgemäß auseinander. Die Bundesregierung jedenfalls hat sich bisher zu mehr als versteckter Kritik an den politischen Leitlinien der Karlsruher Richter nicht verleiten lassen[259], sich ansonsten aber nach ihnen gerichtet. Damit aber hat sich eine Prophezeiung bestätigt, die kurz nach dem Grundlagenvertragsurteil geäußert worden war: "Man wird sich auf interessante Prozesse zu den Nachfolgevereinbarungen einstellen dürfen," - so schrieb damals Eisner, um allerdings sofort einzuschränken - "zu denen es freilich wegen Mangels an Vereinbarungen nicht kommen kann, wenn die Bundesregierung im Sinne Karlsruhes verhandeln sollte."[260]

III. Hüter von Staat und Nation

Die westdeutsche Deutschlandpolitik ist von Anbeginn Gefangene ihres Anspruchs auf Wiedervereinigung gewesen. Alle Parteien bekannten sich unterschiedslos zu diesem Ziel, das sich am Leitbild des Bismarckterritoriums orientierte und das es - allerdings modifiziert auf die Grenzen von 1937[261] - wiederherzustellen galt. Dabei wurde so getan, als handele es sich hierbei um einen Rechtsanspruch. Die Politiker erweckten den Eindruck, als ob sich ihm niemand versagen und seine Erfüllung deshalb nur eine Frage der Zeit sein könne. So verständlich die Forderung nach der Wiedervereinigung Deutschlands unter natio-

---

259) Vergl. z.B. ihre Antwort auf die Große Anfrage der CDU/CSU zu den Folgevereinbarungen gemäß Art. 7 des Grundlagenvertrages, Drucksache 8/1553 S. 15 f: "Die Suche nach einem ... Interessenausgleich kann selbstverständlich nicht nur in der Verwirklichung aller Wünsche der Bundesrepublik Deutschland bestehen. Eine solche Haltung ist in der Bundesrepublik Deutschland gerade im Verhältnis zur DDR nicht selten anzutreffen."

260) Blätter für deutsche und internationale Politik 1973 S. 957

261) Nicht ohne Interesse im Zusammenhang mit der Grenzfrage ist im übrigen, daß das Bundesverfassungsgericht einerseits bewußt davon Abstand genommen hat, im Grundlagenvertragsurteil die Grenzen des fortbestehenden gesamtdeutschen Staates zu bestimmen, andererseits jedoch unverkennbar hat durchklingen lassen, daß es weiterhin von eben dieser Grenze nach dem Stand vom 31. Dezember 1937 ausgeht. Ursache für diese ambivalente Haltung waren zweifelsohne die Verträge von Moskau und Warschau, denen bei einem klaren Bekenntnis des Bundesverfassungsgerichts zur Grenze von 1937 ohne weiteres der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit hätte gemacht werden können. Vergl. GV S. 396 f.

nalem Gesichtspunkt war, so wenig hatte sie doch mit dem Recht zu tun; denn derjenige, der jedes Recht vernichtet, verwirkt seine Berechtigung, nachher für sich aus einer Vergangenheit, die nicht mehr ist, Rechtsansprüche zu erheben.[262] Mit anderen Worten: Um der Forderung nach Wiedervereinigung den Siegermächten gegenüber Nachdruck zu verleihen, wurde von den Politikern auf ein Recht rekurriert, das tatsächlich keines war. Es ist nicht verwunderlich, daß das Bundesverfassungsgericht an dieser "öffentlichen Selbsttäuschung"[263] teilnahm und in Übereinstimmung mit den Politikern aller Parteien den Anspruch auf Wiedervereinigung mit allen daraus sich ergebenden Folgen verfassungsrechtlich festschrieb. Parteien, Bundesregierung und Bundesverfassungsgericht versuchten miteinander, das Drohende abzuwenden und den deutschen Nationalstaat zu erhalten bzw. wiederherzustellen.

Daß sich das Bundesverfassungsgericht an der allgemeinen Wiedervereinigungseuphorie der 50er Jahre beteiligte, ist ihm also genausowenig bzw. ebensosehr wie den politischen Instanzen anzulasten. Hingegen muß es sich den Vorwurf gefallen lassen, daß es damals nicht Recht sprach, sondern neues Recht schuf; denn weder die These von der Identität zwischen westdeutschem und gesamtdeutschem Staat noch die Forderung nach Wiedervereinigung sind den Normen des Grundgesetzes zu entnehmen. Das Gericht muß sich darüber hinaus vorwerfen lassen, im Zuge der öffentlichen Selbsttäuschung[264] die unterschiedlichen Bedingungen von Rechtsprechung und Politik außer acht gelassen zu haben; denn während diese flexibel ist und auf Änderungen der politischen Lage unverzüglich mit neuen Vorstellungen reagieren kann, ist jene an die fortbestehenden Normen gebunden, d.h. aber auch an solche, die sie selbst geschaffen hat.

---

262) Jaspers "Wohin treibt die Bundesrepublik?" S. 234
263) Jaspers "Freiheit und Wiedervereinigung" S. 81
264) Es gab durchaus härtere Urteile, z.B. von Golo Mann, der von der "Lebenslüge der Bundesrepublik" sprach; NR 1973 S. 3.

Aber nicht allein das Prinzip der Kontinuität der Rechtsprechung war ausschlaggebend dafür, daß aus dem Miteinander von Politik und Verfassungsrechtsprechung - nach einem Nebeneinander beider in den 60er Jahren - ein Gegeneinander in den 70er Jahren wurde, daß die verfassungsgerichtliche Loyalität gegenüber der Bundesregierung, die in der ersten Phase der Deutschland-Rechtsprechung praktiziert wurde, in der dritten Phase nicht mehr galt. Hinzu kam, daß das Bundesverfassungsgericht im Laufe von zwei Jahrzehnten seiner Rechtsprechung eine ungeahnte Autorität erlangt, daß es den Eindruck vermittelt hatte, als stehe es über den Parteien. Diese 1973 noch allgemein anerkannte Autorität des Gerichts bestärkte ohne Zweifel die Richter, sich bei dem Streit um die neue Deutschlandpolitik schließlich auf die Seite derer zu stellen, die ihre Deutschlandpolitik auf eben jene Grundsätze stützten, die das Bundesverfassungsgericht ehedem mitgetragen hatte; bestärkte es in seiner Überzeugung, ein souveräner Entscheidungsträger auch in hochpolitischen Fragen zu sein, was letztlich wiederum dem Prinzip der Kontinuität der Rechtsprechung, damit aber auch dem jeder Rechtsprechung eigenen bewahrenden Element zum Durchbruch verhalf. Alle drei Faktoren, d.h. Kontinuität der Rechtsprechung, Autorität und Selbstverständnis der Richter ließen das Bundesverfassungsgericht schließlich zum Hüter eines deutschen Staates und einer deutschen Nation werden.

Die Folgen dieses verfassungsgerichtlichen Beharrens auf dem Nationalstaatsgedanken sind aus der Vergangenheit bekannt: Unklarheit und Tabuisierung der deutschen Frage. Gefordert ist der Glaube an einen deutschen Gesamtstaat, obwohl seit dem Grundlagenvertrag von zwei Staaten ausgegangen wird, die voneinander unabhängige Völkerrechtssubjekte sind. Gefordert ist der Glaube an eine deutsche Staatsnation, obwohl sie ersichtlich nicht mehr existiert und nur noch von einer über das Ende des Zweiten Weltkrieges hinaus fortbestehenden Kultur- und Bewußtseinsnation gesprochen werden kann.[265] Gefordert ist

265) Teilweise wird sogar das Vorhandensein einer so charakterisierten Nation in Frage gestellt; vergl. etwa Sontheimer, Die Mitarbeit 1969 S. 103.

der Glaube an die Wiedervereinigung, obwohl mit den Verträgen von Moskau und Warschau ehemals deutsches Territorium als zur Sowjetunion bzw. zu Polen gehörig anerkannt worden ist - Territorium, was eigentlich wiederzuvereinigen wäre - und obwohl immer weniger Bürger Westdeutschlands diese für möglich halten.[266] Gefordert ist schließlich, daß Westdeutschland West-Berlin als elftes Bundesland betrachtet und dementsprechend handelt, obwohl ganz Berlin nach wie vor unter der Oberhoheit der vier Siegermächte steht, Behauptungen des einen oder anderen deutschen Staates über die Zugehörigkeit von Teilen dieser Stadt zu ihrem jeweiligen Staatsgebiet daher irrelevant sind.

Die Widersprüchlichkeit des verfassungsgerichtlichen Deutschlandbildes ist nicht zuletzt mit Blick auf die Außenpolitik offenkundig. Angestrebt wird der politische Zusammenschluß der in der Europäischen Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten, ein Ziel, dessen Verwirklichung angesichts der bestehenden politischen Blöcke nur unter Inkaufnahme der endgültigen Teilung Deutschlands möglich ist. Diese Konsequenz wird von den Politikern, wenn sie einer westeuropäischen Union das Wort reden, allerdings selten ausgesprochen; man tut so, als könne man beides haben, Wiedervereinigung und westeuropäische Union. Ja, die Widersprüchlichkeit geht so weit, daß die unter der gegebenen internationalen Lage einzig denkbare Variante der deutschen Wiedervereinigung, nämlich als Folge einer gesamteuropäischen Vereinigung und Auflösung der Bündnisse von NATO und Warschauer Pakt[267], von der oppositionellen CDU/CSU als nicht diskussionswürdig beiseite geschoben wird,

---

266) Auf die Frage: "Glauben Sie, daß sich Ost- und Westdeutschland noch einmal wiedervereinigen?" antworteten 1976 lediglich 13 % der Befragten mit Ja. Dementsprechend wird das Ziel der Wiedervereinigung als politische Aufgabe äußerst niedrig eingestuft. Zwar bekannten sich 1976 61 % der Befragten dazu, aber nur 1 % hielt es für die wichtigste politische Frage, mit der man sich beschäftigen sollte. Vergl. "Jahrbuch der Demoskopie 1974 - 1976" S. 83 und 221.

267) So ein Denkmodell Egon Bahrs; vergl. sein Interview mit dem "Spiegel" vom 11. September 1978.

weil sie unter sicherheitspolitischem Aspekt für Westdeutschland zu riskant wäre, weil "die Entscheidung Konrad Adenauers für die Integration Westeuropas und für die Atlantische Allianz irreversibel, unwiderrufbar bleiben muß"[268]. Wenn dann im gleichen Atemzug die Wiedervereinigung Deutschlands gefordert wird, kann das nicht mehr als eine verbale Pflichtübung sein, der sich die Politiker lediglich deshalb nicht entziehen, weil die Wiedervereinigung angeblich ein verfassungsrechtliches Gebot ist.

Die Ost- und Deutschlandpolitik der sozialliberalen Koalition war auch der Versuch, zumindest einige Unklarheiten und Widersprüchlichkeiten abzubauen. Die Weigerung, den ostdeutschen Staat auch völkerrechtlich anzuerkennen und auf die gesamtdeutsche Staatsangehörigkeit zu verzichten, sind Restbestände zwanzigjähriger Denkgewohnheiten. Nach dem Grundlagenvertragsurteil sind diese Restbestände allerdings nicht mehr aufgebbar, d.h. die deutsche Frage ist tabuisiert worden. Angesichts des schwindenden nationalen Bewußtseins vor allem der nachwachsenden Generationen in Westdeutschland[269] muß die Frage erlaubt sein, was das Bundesverfassungsgericht dazu berechtigt, als Hüter des deutschen Nationalstaates Bismarckscher Prägung aufzutreten, wenn es gleichzeitig nicht in der Lage ist darzutun, worin der Wert des Nationalstaates liegt[270], wenn es sich außerstande sieht darzulegen, warum das Festhalten an ihm Voraussetzung einer Wiedervereinigung ist, wo sich beides tatsächlich gegenseitig ausschließt. Die Frage ist um so dringender zu stellen, als es nicht zuletzt zu den Aufgaben der Verfassungsorgane und damit auch des Bundesverfassungsgerichts ge-

---

268) So Oppositionsführer Kohl BT, 8. WP, 104. Sitzung S. 8230.

269) Bereits im Jahre 1972 waren 43 % der 18- bis 29-jährigen der Auffassung, des es sich bei Ost- und Westdeutschland um zwei Staaten und zwei Nationen handelt; vergl. "Materialien zum Bericht zur Lage der Nation 1974", Drucksache 7/2423 S. 109.

270) Ein anderes Problem ist es, daß den Politikern und Historikern das ebenso schwerfällt; vergl. hierzu Kosthorst Zur Sache 2/78 S. 66 ff. Angesichts dieses Faktums hat die Kultusministerkonferenz am 23. November 1978 mit ihrem Beschluß über "Die deutsche Frage im Unterricht" einen neuerlichen Versuch unternommen, der Pflege des nationalen Gedankens in der Schule mehr Gewicht als bisher beizumessen, d.h. "den politischen, rechtlichen und humanitären Anspruch auf die deutsche Einheit und auf die freie Selbstbestimmung aller Deutschen langfristig wachzuhalten".

hören sollte, der Bevölkerung die wirkliche Lage in der Welt zu zeigen und als Wissen einzuprägen.[271] Die Antwort auf diese Frage ist bis heute ausgeblieben.

Wie die Geschichte der deutschen Frage nach dem Zweiten Weltkrieg zeigt, hat allerdings nicht allein das Bundesverfassungsgericht in der deutschen Frage seinen Weg vom Hüter des Grundgesetzes zum Hüter von Staat und Nation zu verantworten, sondern haben ihn zu gleichem Teil auch die Politiker mitverursacht: einmal durch die zwei Jahrzehnte lang aufrechterhaltene Fiktion der deutschen Wiedervereinigung, zum anderen durch die Einschaltung des Bundesverfassungsgerichts bei im Kern politischen Fragen. Die Ironie des Schicksals wollte es, daß gerade die SPD in den 50er Jahren nicht unwesentlich dazu beigetragen hat, daß die Möglichkeiten ihrer heutigen Deutschlandpolitik durch das Bundesverfassungsgericht antizipierend eingegrenzt worden sind. Andererseits bedarf es keiner prophetischen Gabe, um vorauszusagen, daß die heutige Opposition es spätestens dann bereuen wird, Auslöserin des Grundlagenvertragsurteils gewesen zu sein, wenn sie wieder Regierungsverantwortung in Bonn trägt. Zwar stützt sie sich heute noch bei jeder Gelegenheit auf eben dieses Urteil[272]; aber es ist an die Haltung der Parteien zur Anerkennung Ostdeutschlands als Staat zu erinnern. Wer vermochte sich in den 50er Jahren vorzustellen, daß SPD und FDP 1969 bereit sein würden, diesen Schritt zu vollziehen? Auf die Zukunft projiziert: Wer vermag sich heute vorzustellen, daß nach weiteren zwanzig Jahren, die es bis zur Anerkennung des zweiten deutschen Staates währte, die CDU/CSU für die völkerrechtliche Anerkennung Ostdeutschlands oder aber für den Verzicht auf die eine deutsche Staatsangehörigkeit plädieren wird? Niemand - und doch

271) Die mangelnde Wahrhaftigkeit im Zusammenhang mit der deutschen Frage beklagte Jaspers schon 1960 nachdrücklich in seiner Schrift "Wohin treibt die Bundesrepublik?" S. 233.

272) Selbst das 1978 verabschiedete Grundsatzprogramm der CDU erwähnt in der Ziffer 133 "die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts von 1973 und 1975".

wird ein derartiger politischer Meinungswandel wie in der Vergangenheit auch in der Zukunft nicht auszuschließen sein.[273)]

Die Deutschlandpolitik nach 1969 hatte sich als langfristiges Ziel gesetzt, vom Gegeneinander der beiden deutschen Staaten über eine Phase des Nebeneinanders zum Miteinander zu gelangen. Vorläufig ist die Etappe vom Gegeneinander zum Nebeneinander noch nicht abgeschlossen. Ob es angesichts des Grundlagenvertragsurteils zum Nebeneinander, geschweige denn zum Miteinander kommen wird, erscheint fraglich, setzt das doch nach ostdeutscher Auffassung die völkerrechtliche Anerkennung sowie den Verzicht auf die gesamtdeutsche Staatsangehörigkeit voraus. Andererseits erscheint es aber auch undenkbar, daß Westdeutschland auf Dauer auf seinen Positionen beharren kann, wenn Ostdeutschland als Gegenleistung für seine Forderungen z.B. die drastische Senkung des Reisealters von ostdeutschen Bürgern oder aber generell den unbeschränkten Reiseverkehr zwischen Ost- und Westdeutschland, d.h. in erheblichem Umfang Freizügigkeit auf ostdeutscher Seite in Aussicht stellen würde.

"Die Welt besteht nicht überwiegend aus juristischen Formeln, und keines Menschen Leben im anderen Teil Deutschlands hat durch hier ausgesprochene juristische Formeln verbessert oder erleich-

---

273) Daß die CDU/CSU, wenn es in ihr politisches Konzept paßt, das Grundlagenvertragsurteil so ernst nicht nimmt, beweist im übrigen ihre Zustimmung zur Besteuerung von Fahrzeugen aus Ostdeutschland bei vorübergehendem Aufenthalt in Westdeutschland; denn wenn, wie im Urteil festgestellt wurde, die Grenze zwischen den beiden deutschen Staaten ähnlich jenen zwischen den westdeutschen Bundesländern zu qualifizieren sei und zwischen beiden deutschen Staaten keine Zollgrenze vereinbart werden dürfe, erscheint es zweifelhaft, ob die - als Gegenmaßnahme gegen die von Ostdeutschland seit langem erhobenen Verkehrssteuern und Straßenbenutzungsgebühren gedachte - Errichtung einer Steuergrenze zwischen den beiden deutschen Staaten mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Einklang zu bringen ist. Um so zweifelhafter ist die Verfassungsmäßigkeit dieser Maßnahme, als die Grenzen zwischen den einzelnen Bundesländern ebenfalls keine Steuergrenzen sind. Vergl. BT, 8. WP, 117. Sitzung S. 9170 ff, sowie das inzwischen geschlossene Abkommen zwischen den beiden deutschen Staaten über die Befreiung der Straßenfahrzeuge von Steuern und Gebühren, Bulletin 1979 S. 1234 ff.

tert werden können" - so begründete Willy Brandt zu Beginn seiner Kanzlerschaft das Abrücken von bisher geltenden Rechtsvorstellungen auf dem Gebiet der Deutschlandpolitik.[274] Dieses Abrücken war, wie sich herausgestellt hat, nur von kurzer Dauer. Was aber tun, um den Widerspruch zwischen verfassungsgerichtlichem Anspruch und politischem Wollen, den dieser Satz Brandts damals wie heute aufzeigt, zu überwinden?

Wenn mehr Freizügigkeit für die Menschen im zweiten deutschen Staat tatsächlich ein zentrales Anliegen jeder Deutschlandpolitik ist, wie von allen Parteien immer wieder hervorgehoben wird, bleiben zwei Möglichkeiten. Entweder besinnt sich das Bundesverfassungsgericht auf die richterliche Selbstbeschränkung und modifiziert sein Deutschlandbild, sobald es dazu Gelegenheit erhält; angesichts der bisherigen Entwicklung seiner Deutschland-Rechtsprechung ist damit allerdings kaum zu rechnen. Oder aber die Politiker besinnen sich und nehmen Abstand davon, das Bundesverfassungsgericht als ein Mittel zur Durchsetzung ihrer deutschlandpolitischen Auffassungen zu mißbrauchen; das setzte eine alle Parteien umfassende Verständigung dahin gehend voraus, daß die Lösung der mit der deutschen Frage zusammenhängenden Probleme eine Aufgabe der vom Volk gewählten Politiker, nicht aber der durch Volkswahl nicht legitimierten Verfassungsrichter ist. Eine Vorstellung, die aufgrund der bisher gemachten Erfahrungen ebenfalls wenig wahrscheinlich ist. Wenn gleichwohl das Prinzip Hoffnung auch in bezug auf die durch das Bundesverfassungsgericht eingeengte Deutschlandpolitik gilt, so deshalb, weil eine Rechtslage, die mit den politischen Gegebenheiten in dauerndem Widerspruch steht, langfristig keinen Bestand haben wird.

---

274) BT, 6. WP, 6. Sitzung S. 93. Brandt selbst bezeichnete diese Rechtsvorstellungen als "quasi-juristische Hürden" der von ihm vertretenen Deutschlandpolitik. Im übrigen brachte er nicht erst als Außenminister und dann Bundeskanzler seine Skepsis gegenüber einer legalistischen Deutschlandpolitik zum Ausdruck; denn seiner Terminologie vom "juristischen Formelkram" aus den 70er Jahren entsprach jene aus den 50er Jahren von den "juristischen Federfuchsern", die damals die volle Eingliederung West-Berlins in Westdeutschland verhindert hätten. Vergl. "Begegnungen und Einsichten" S. 244.

E. Juridifizierte Politik - politisierte Justiz

I. Von der Weimarer zur Karlsruher Republik?

Wäre das Urteil zum Grundlagenvertrag eine Ausnahme verfassungsgerichtlicher Tätigkeit in dem Sinne, daß für die anderen Politikbereiche auch weiterhin der Grundsatz gilt, nach dem "die politische Gestaltung der rechtlichen Fixierung vorangeht"[1], könnte zur politischen Tagesordnung übergegangen werden. Das wäre vor allem auch deshalb angebracht, weil zum einen allen am staatlichen Willensbildungsprozeß Beteiligten, also auch dem Bundesverfassungsgericht das Recht auf Irrtum zugestanden werden muß, weil zum anderen die verfassungsgerichtliche Festschreibung eines Teilbereichs der Politik kaum geeignet erscheint, gravierende Gewichtsverlagerungen im Verhältnis von Legislative, Exekutive und Judikative herbeizuführen. Gefragt ist also, ob die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durchgängig auf die politische Macht hin gravitiert - wie es üblich ist - oder ob sie in einem solchen Ausmaß Gegenpositionen zu Parlament und Regierung bezieht, daß die pluralistische Grundkonzeption der westdeutschen Demokratie gefährdet ist.

Das Renommee des Karlsruher Gerichts, das es in den ersten zwei Jahrzehnten seines Bestehens erworben hatte, beruhte nicht zuletzt darauf, daß es sich weder von der Regierung und den sie tragenden Parteien noch von der Opposition vereinnahmen ließ. Denjenigen Entscheidungen, die im Sinne der Regierung ausfielen - neben den Auseinandersetzungen um die Europäische Verteidigungsgemeinschaft und das Saarstatut sei beispielsweise an das Urteil über die Zulässigkeit von Volksbefragungen zur Stationierung von Atomwaffen auf westdeutschem Territorium[2] erinnert -, standen solche zugunsten der Opposition gegenüber, wenn man etwa an das Konkordats-Urteil, an die Parteienfinanzierung sowie vor allem an das Fernseh-Urteil[3] denkt. Zwar er-

1) Bracher "Kritische Betrachtungen über den Primat der Außenpolitik" S. 142
2) BVerfGE 8 S. 104 ff
3) BVerfGE 6 S. 309 ff (Konkordats-Urteil), 8 S. 51 ff, 20 S. 56 ff (Parteienfinanzierung), 12 S. 205 ff (Fernseh-Urteil)

scheint es angesichts der Deutschland-Rechtsprechung übertrieben zu behaupten, das Bundesverfassungsgericht habe äußerste Zurückhaltung geübt, wenn es sich im ursprünglich politischen Raum bewegt habe[4]; nicht zu leugnen ist hingegen, daß die Karlsruher Richter es zwei Jahrzehnte lang verstanden haben, sich nicht als Instrument des einen oder anderen politischen Lagers einspannen zu lassen. Vor dem Hintergrund des Entscheidungszwanges, der sich aus der Zuständigkeitsfülle des Gerichts, aber auch aus dem Selbstverständnis der Richter ergibt, haben sie wohl in den politischen Willensbildungs- und Entscheidungsprozeß eingegriffen, insgesamt gesehen jedoch weder regierungs- noch oppositionstreu agiert. Der den gesetzgebenden Körperschaften sowie der Regierung von Verfassungs wegen zugestandene Ermessensspielraum wurde durch das Bundesverfassungsgericht unter Beachtung der gesamtpolitischen Ordnung respektiert.[5]

Allerdings ist nicht allein der Umstand, daß sich das Bundesverfassungsgericht als immun gegen eine parteilich einseitig ausgerichtete Einvernahme erwies, charakteristisch für seine Rechtsprechung während dieses Zeitraumes. Vielmehr trug es darüber hinaus entscheidend zum Ausbau der Grundrechte wie auch zur Stabilisierung der Parteiendemokratie bei. Zu erwähnen sind etwa die inhaltliche Ausgestaltung des Gleichheitsgrundsatzes, der Meinungs- und Berufsfreiheit sowie die Konkretisierung der Chancengleichheit der Parteien.[6] Selbstverständlich standen weder diese Ausgestaltung noch die Entscheidungen außerhalb jeder Kritik, die entweder für die Regierung oder die Opposition eine legitimierende Wirkung besaßen. Aber das Gericht erfüllte zwanzig Jahre lang letztlich doch die Erwartungen des Parlamentarischen Rates und bestätigte nicht die Sorge des 1. Deutschen Bundestages, daß es eine politische Führungsaufgabe übernehmen

4) So aber der damalige Präsident Gebhard Müller "Das Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland" S. 233.
5) Ebenso Laufer "Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kontrolle" S. 232.
6) BVerfGE 3 S. 225 ff, 6 S. 55 ff (Gleichstellung von Mann und Frau), 7 S. 198 ff (Meinungsfreiheit), 7 S. 377 ff (Berufsfreiheit), 1 S. 208 ff (Chancengleichheit der Parteien bei der Wahl), 4 S. 375 ff (Chancengleichheit bei der Wahlvorbereitung), 7 S. 99 ff (Chancengleichheit bei der Wahlpropaganda) sowie die unter Anm. 3 genannten Urteile zur Parteienfinanzierung.

könnte[7], weil es sich auf die beiden Hauptaufgaben konzentrierte, die seine Schöpfer vor Augen gehabt hatten: einmal die Zentralgewalt vor Ungehorsam oder Übergriffen der Länder - und umgekehrt - zu schützen, zum anderen jedem Bürger den nötigen Schutz gegen die Beeinträchtigung seiner ihm zugesicherten Grundrechte zu gewähren. Weil es dieser Aufgabe im großen und ganzen gerecht wurde, beschränkte sich die Kritik immer nur auf einzelne Urteile, wo-hingegen die Institution als solche wie auch die Kompetenzfülle des Bundesverfassungsgerichts nicht in Zweifel gezogen wurden.[8]

Die Tatsache, daß es sich das Gericht versagte, Zweckmäßigkeits- und Wertentscheidungen von Legislative und Exekutive durch eigene zu ersetzen, daß es zusammen mit den anderen Verfassungsorganen seinen Beitrag zur Ausgestaltung des westdeutschen Staates leistete, ohne dabei suprema potestas zu sein, hatte schließlich Ausgang der 60er Jahre zu der nahezu unangefochtenen Stellung des Bundesverfassungsgerichts geführt. Die Anerkennung des Primats der Politik machte es möglich, daß mit Hilfe seiner Rechtsprechung ein "verfassungspolitischer Consensus"[9] erzielt wurde, der wiederum - im Gegensatz zur Weimarer Republik - einen Eckpfeiler der Stabilität der zweiten deutschen Republik bildete. Die Justiz hatte sich in Gestalt des höchsten westdeutschen Gerichts im Laufe von zwei Jahrzehnten also nicht nur mit der demokratischen Staatsform identifiziert, sondern ihr darüber hinaus im Zusammenhang mit der Durchsetzung der Grundrechte des einzelnen und der Verankerung der demokratischen Staatsform wesentliche Impulse gegeben. Wenn Bonn nicht Weimar wurde, so nicht zuletzt auch wegen des Bundesverfassungsgerichts.

---

7) Vergl. oben S. 26.

8) Diese allgemeine Zustimmung ging so weit, daß Ridder dem Bundesverfassungsgericht vorwarf, seine "politische Marge" nicht ausgeschöpft zu haben und lediglich zu einem "Spezialgericht für den 'außerordentlichen' Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde" verkümmert zu sein. Angesichts der neuesten Entwicklung hat sich Ridders Einstellung allerdings um 180 Grad gewandelt. Vergl. einerseits "In Sachen Opposition" S. 329 ff, andererseits "Das Bundesverfassungsgericht. Bemerkungen über Aufstieg und Fall einer antirevolutionären Einrichtung" S. 70 ff.

9) Bracher "Zeitgeschichtliche Kontroversen" S. 105

Das Miteinander der Verfassungsorgane in Bonn und Kalrsruhe, das während dieser Zeit lediglich anläßlich des Streits um die Europäische Verteidigungsgemeinschaft und um die Errichtung einer Deutschland-Fernseh-GmbH vorübergehend ernstlich gestört war, endete 1973. Diese Störung - und das unterscheidet sie wesentlich von den vorher dagewesenen Reibereien - hält bis heute an mit der Folge, daß die öffentliche Diskussion um das Bundesverfassungsgericht nicht nur nicht verstummt, sondern an Intensität eher noch zuzunehmen scheint.[10] Ursächlich für diese Entwicklung ist eine ganze Reihe von Urteilen, die die Politik der sozialliberalen Koalition korrigierten,die darüber hinaus weniger die Rechte des einzelnen als vielmehr die Autorität des Staates zum Maßstab hatten. In diese Reihe gehören einmal die aufgrund eines Antrages der Opposition ergangenen Entscheidungen zum Grundlagenvertrag, zu § 218, zum Budgetrecht des Parlaments, zur Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung sowie zur Wehrdienstnovelle[11]; zum anderen die aufgrund von Verfassungsbeschwerden ergangenen Entscheidungen im Zusammenhang mit der Drittelparität an Hochschulen sowie dem Kindergeld für Beamte.[12] Schließlich sorgte das Diäten-Urteil[13] für Widerspruch auf allen Seiten, hauptsächlich auch deshalb, weil das Gericht einmal mehr seiner Neigung erlegen war, zu mehr Fragen Stellung zu nehmen, als es der zugrunde liegende Antrag gebot, was zum Ergebnis hatte, daß es "ein neues Parlamentsrecht für alle Landtage und den Bundestag"[14] schuf.

---

10) Vergl. z.B. die Serie des "Spiegel" vom 30. Oktober bis 20. November 1978 - in erweiterter Form auch als Buch erschienen: Lamprecht/Malanowski "Richter machen Politik" -, "Die Zeit" vom 24. Februar 1978 sowie Zuck ZRP 1978 S. 191 ff.

11) BVerfGE 36 S. 1 ff (Grundlagenvertrag), 39 S. 1 ff (§ 218), 45 S. 1 ff (Budgetrecht), 44 S. 125 ff (Öffentlichkeitsarbeit), NJW 1978 S. 1245 ff (Wehrdienstnovelle)

12) BVerfGE 35 S. 79 ff (Hochschul-Urteil),44 S. 249 ff (Kindergeld-Entscheidung)

13) BVerfGE 40 S. 296 ff

14) So Bundesjustizminister Vogel DÖV 1978 S. 668.

Obwohl es vor dem Hintergrund der im allgemeinen neutralen Rechtsprechung der 50er und 60er Jahre bedenklich erscheinen muß, wenn in dem relativ kurzen Zeitraum von 1973 bis 1978 von sechs Klagen der Opposition fünf zu Lasten der Regierung entschieden wurden[15], würde diese Tatsache noch nicht den Vorwurf rechtfertigen, das Bundesverfassungsgericht setze sich in unzulässiger Weise über die parlamentarische Mehrheit hinweg. Und ebensowenig wäre dem Gericht daraus ein Vorwurf zu machen, daß politisch bedeutsame Gesetzesänderungen wie die Reform des § 218 oder die Wehrdienstnovelle letztlich in Karlsruhe scheiterten; denn hätten der sozialliberalen Koalition Grundgesetzverletzungen eindeutig nachgewiesen werden können, hätte das Gericht schließlich nur seiner selbst postulierten Pflicht Genüge getan, Hüter der Verfassung zu sein. An eben dieser Eindeutigkeit fehlte es jedoch in beinahe allen Fällen. Vielmehr füllte das Gericht Grundgesetznormen zunächst mit seinen eigenen Wertsetzungen auf, um dann Maßnahmen des Gesetzgebers bzw. der Regierung an diesen Werten zu messen.

Diese Praxis wurde zum erstenmal im Hochschul-Urteil sichtbar, das die Periode des Gegeneinanders von Regierung und Bundesverfassungsgericht im Mai 1973 eröffnete. Die Effektivität einer Hochschule, deren Wissenschaftsverwaltung auf der Grundlage der Drittelparität basiert, mag zu Recht angezweifelt werden; wie die Richter Simon und Frau Rupp-von-Brünneck in ihrem dissenting vote[16] jedoch zutreffend festgestellt haben, ergibt sich aus Art. 5 Abs. 3 des Grundgesetzes, nach dem Forschung und Lehre frei sind, nicht die Verfassungswidrigkeit dieser Organisationsstruktur. Wenn die Mehrheit des Ersten Senats aus dieser Norm gleichwohl folgerte, daß die Gruppe der Hochschullehrer bei Entscheidungen bezüglich der Lehre mindestens

15) Lediglich das Bundesrats-Urteil - BVerfGE 37 S. 363 ff - fiel zugunsten der Bundesregierung aus. Bei diesem Streit ging es allerdings weniger um politische Zielsetzungen als vielmehr um die Qualifzierung des Bundesrats als einer zweiten Kammer im klassischen Sinn, was das Bundesverfassungsgericht entgegen der Auffassung der CDU/CSU-regierten Bundesländer Rheinland-Pfalz und Bayern verneint hat. Die Rolle des Bundesrats im Rahmen des politischen Willensbildungs- und Entscheidungsprozesses vermochte dieses Urteil nicht zu schmälern.

16) BVerfGE 35 S. 157

50 % und bezüglich der Berufungs- und Forschungsangelegenheiten mehr als 50 % umfassen müsse, erhob sie damit Zweckmäßigkeitserwägungen, die der Gesetzgeber bei seiner Willensbildung anzustellen hat, unzulässig zu unabdingbaren Postulaten.

Dieser berechtigte Vorwurf, aus den Reihen des Gerichts erhoben[17], verhallte ungehört. Ob es sich um die Vewirklichung des Schutzes des ungeborenen Lebens, um die Wahrnehmung des Rechts auf Wehrdienstverweigerung, um die Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung, um den Status der Parlamentarier oder aber um die Bezahlung der Beamten mit Kindern handelte - stets setzte das Bundesverfassungsgericht an die Stelle der vom Gesetzgeber vorzunehmenden und auch vorgenommenen Zweckmäßigkeitsüberlegungen und Wertentscheidungen eigene, die wiederum aus dem Grundgesetz, worauf in den dissenting votes von Mal zu Mal nachdrücklicher aufmerksam gemacht wurde[18], nicht zweifelsfrei ableitbar sind. Einzig die Entscheidung zum Budgetrecht des Parlaments stützte sich auf eindeutige Normen des Grundgesetzes.[19]

Aber nicht allein die in diesen Entscheidungen zum Ausdruck kommende Umkehrung der Gravitationsrichtung der Rechtsprechung muß nachdenklich stimmen. Hinzu kommt, daß die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung der letzten Jahre darüber hinaus eine etatistische Tendenz aufweist. So sprach das Gericht im § 218-Urteil der schwangeren Frau und ihrem Arzt die Fähigkeit ab, in verständiger Weise über die Notwendigkeit eines Schwangerschaftsabbruches befinden zu können; diese Entscheidung müsse vielmehr einer staatlichen Kontrollinstanz überlassen bleiben. In dieselbe Richtung zielte die Bewertung des Rechts auf Wehrdienstverweigerung, wenn festgestellt wurde, daß nur

---

17) aaO S. 150

18) Vergl. insbesondere die abweichenden Meinungen im § 218-Urteil und in der Entscheidung zur Wehrdienstnovelle.

19) Nach Art. 112 des Grundgesetzes dürfen über- und außerplanmäßige Ausgaben ohne Zustimmung des Parlaments nur "im Falle eines unvorhergesehenen und unabweisbaren Bedürfnisses" vorgenommen werden. Daran hat es bei den zum Ende des Jahres 1973 durch den damaligen Bundesfinanzminister Schmidt genehmigten Ausgaben jedoch gefehlt, wenngleich er sich auf eine langjährige Tradition seiner Vorgänger berufen konnte.

staatliche Kontrolle die Wehrdienstverweigerung nach Belieben ausschließen könne. Schließlich war im Öffentlichkeitsarbeits-Urteil nicht mehr vom "Parteienstaat" die Rede, wie es über zwei Jahrzehnte lang der Fall war[20], vielmehr wurde zwischen Parteien und Staat strikt getrennt und von dem Inhaber eines Staatsamtes verlangt, sich z.B. nicht in seiner Eigenschaft als Bundeskanzler oder Ministerpräsident, sondern nur als Parteipolitiker am Wahlkampf zu beteiligen. Diese strikte Trennung zwischen Staat und Gesellschaft geht jedoch erkennbar "von einem Bild der parlamentarischen Demokratie aus, das der parteienstaatlichen Struktur der Bundesrepublik Deutschland nicht gerecht wird und im übrigen die Verfassungswirklichkeit seit Bestehen der Bundesrepublik nicht ausreichend berücksichtigt"; denn "den Typ des angeblich unpolitischen überparteilichen Beamtenministers, der im Wilhelminischen Staat vertreten war - der sich im übrigen in Wirklichkeit durch eine konservative Einstellung auszeichnete -, gibt es nicht mehr"[21].

Beide Momente, die Ersetzung parlamentarischer Beschlüsse durch eigene Zweckmäßigkeitsüberlegungen und Wertentscheidungen sowie die zu beobachtende Tendenz zur Verabsolutierung des Staates, haben zu der fortwährenden Kritik an der Institution des Bundesverfassungsgerichts geführt, und zwar von wissenschaftlicher und politischer Seite, vor allem aber auch aus den Reihen des Gerichts selbst. "Obergesetzgeber", "Konterkapitäne von Karlsruhe", "Entmächtigung des Parlaments" sowie "Außenpolitik nach Anweisung des Bundesverfassungsgerichts"[22] sind Charakterisierungen, die sicherlich überspitzt sind; im Kern treffen sie jedoch auf eine ganze Reihe von Urteilen der letzten Jahre zu, so daß die These Massings aus dem Jahr 1969 - damals eher spekulativ aufgestellt als zureichend begründet - nicht mehr ohne weiteres von der Hand zu weisen ist: "Über die verfassungs-

20) So etwa BVerfGE 11 S. 273.
21) Richter Rottmann in seiner abweichenden Meinung, BVerfGE 44 S. 182 f. Vergl. im übrigen zur langen Tradition des Widerstreits zwischen Staat und Gesellschaft in Deutschland Bracher "Das deutsche Dilemma" S. 25 ff.
22) Nachweise bei Vogel aaO S. 665.

mäßige Ausbalancierung der Gewalten entscheiden nicht diese im freien Spiel der Kräfte und dementsprechend nach Maßgabe ihrer Macht, über die sie jeweils verfügen, sondern der verfassungsgerichtliche Spruch der Justiz."[23)]

Allein die Wandlung "vom 'Hüter' zum (unkontrollierbaren) 'Herrn' der Verfassung"[24)] hätte allerdings kaum die Autoritätseinbuße ausgelöst, die u.a. auch darin zum Ausdruck kommt, daß das Vertrauen der Bevölkerung in die Institution Bundesverfassungsgericht 1978 zum erstenmal einen signifikanten Abwärtstrend aufwies.[25)] Zwei weitere Erscheinungen waren hierfür ebenso ursächlich: einmal die durchweg festzustellende Übereinstimmung zwischen den Aussagen des Gerichts und den Auffassungen der Opposition. Diese Kongruenz, die es in den 50er und 60er Jahren in dieser Massivität nicht gegeben hatte[26)], führte fast zwangsläufig dazu, daß sich die Opposition das Bundesverfassungsgericht im politischen Tageskampf einerseits zunutze zu machen versuchte[27)], sie es andererseits vor der Kritik von seiten der sozialliberalen Koalition nicht nur verteidigte, sondern diese Kritik ihrerseits für unzulässig erklärte.[28)] Als Ergebnis dieser oppositionellen Nutzbarmachung und Parteinahme ist bei immer mehr Beobachtern der Verfassungsrechtsprechung der Eindruck entstanden, daß das Bundesverfassungsgericht ebenso wie etwa Bundestag und Bundesregierung ein von bestimmten Interessen geprägtes politisches Organ ist, das

---

23) "Recht als Korrelat der Macht?" S. 224

24) Richter Hirsch in seinem dissenting vote zum Wehrdienst-Urteil, NJW 1978 S. 1254.

25) Die westdeutschen Bürger hatten Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht 1976 zu 78 %, 1977 zu 80 %, 1978 zu 71 %; Vergl. FR vom 26. September 1978 (Erhebung des Infas-Instituts).

26) Insoweit ist die Feststellung Bundesjustizminister Vogels, gegenüber der Zeit vor 1966 habe sich nicht viel geändert, kaum haltbar; aaO S. 666.

27) Vergl. z.B. Abg. Strauß'(CDU/CSU) Erinnerung an "eine ganze Serie von Verfassungsverletzungen oder versuchten Verfassungsverletzungen" der Bundesregierung - BT, 8. WP, 34. Sitzung S. 2545 f - sowie die Dokumentation der CDU "SPD und das Recht" mit dem Abdruck der entsprechenden Urteile, wobei die dissenting votes bezeichnenderweise nicht wiedergegeben sind.

28) So etwa der Fraktionsvorsitzende der CDU/CSU Kohl: "Es hat doch noch nie ein Regierungschef gewagt - und das ist ein Verstoß gegen den Geist unserer Verfassung -, so über das Bundesverfassungsgericht herzuziehen, es so moralisch unter Druck zu setzen, wie Sie das immer wieder tun, wenn Sie dort eine Entscheidung erfahren müssen, die Ihnen nicht gefällt." BT, 8. WP, 104. Sitzung S. 8222.

nicht länger die viele Jahre praktizierte neutrale Schiedsrichterrolle einnimmt.

Zum anderen reagiert das Bundesverfassungsgericht seit Beginn dieser neuen Rechtsprechungsphase auf Kritik in einer Weise, die die Bedenken an seiner neutralen Haltung nur noch verstärkt. Statt nämlich die Kritik derjenigen Organe, deren Entscheidungen das Bundesverfassungsgericht seinerseits nicht nur kritisiert, sondern darüber hinaus wirksam korrigiert hat, zu ertragen und sich notfalls sachlich mit ihr auseinanderzusetzen, hat es sich wiederholt jede Kritik anderer Verfassungsorgane verbeten, die doch, soweit sie sachlich fundiert ist, zum Wesen der parlamentarischen Demokratie gehört. So quittierte der Präsident des Bundesverfassungsgerichts Benda die von Bundeskanzler Schmidt - mit Blick auf die sichtbar gewordene Tendenz der Rechtsprechung - gemachte Empfehlung, alle Verfassungsorgane sollten bei Ausschöpfung ihrer Kompetenzen Zurückhaltung üben, mit der Bemerkung, es gehöre nicht "zu den Aufgaben des Chefs der Bundesregierung, dem obersten Gericht eines Landes, das auch Verfassungsorgan ist, Zensuren zu erteilen"[29]. Und als der nordrhein-westfälische Arbeits- und Sozialminister Farthmann im Zusammenhang mit der Mitbestimmungsklage der Arbeitgeber an das Gericht appellierte, seine Grenzen nicht zu überschreiten, da sonst die Glaubwürdigkeit und Stabilität der demokratischen Gesellschaftsordnung Schaden nähme, fühlte sich das Plenum des Gerichts, also die Gesamtheit der Karlsruher Richter, gar zu der Erklärung aufgerufen: "Hier handelt es sich nicht um Kritik am Bundesverfassungsgericht, sondern um den unverhüllten Versuch, auf das Gericht zugunsten einer Seite Pressionen auszuüben. Es ist mit der vom Grundgesetz gewährleisteten Stellung unabhängiger Gerichte unvereinbar, wenn - von welcher Seite auch immer - Druck auf die Rechtsprechung ausgeübt werden soll."[30] Dieses Verhalten erinnert mehr an Zeiten, in denen Majestätsbeleidigung noch unter Strafe stand, denn an

29) "Die Zukunft unserer Demokratie" S. 122 und 125 f; vergl. zur Zulässigkeit dieser Kritik und Gegenkritik die Kontroverse zwischen Massing und Steffani, ZParl 1978 S. 119 ff.

30) FAZ vom 9. Dezember 1978

ein in jeder Hinsicht souveränes Verfassungsorgan. Diese Empfindlichkeit des Gerichts, die im übrigen ein Phänomen der gesamten Justiz ist[31], mußte daher zusätzlich seine Autorität beeinträchtigen, da Autorität auf Sachkompetenz, nicht aber auf dem Ausschluß von Kritik basiert.[32]

Hält man sich vor Augen, daß Regierung und Parlament die Urteile des Bundesverfassungsgerichts zu befolgen haben, dieses wiederum in den letzten Jahren die Politik der sozialliberalen Koalition mehr als einmal als verfassungswidrig verworfen hat, wobei verfassungskonforme Lösungen gleich mitgeliefert wurden[33], wird deutlich, daß nicht länger uneingeschränkt die These gilt, nach der die politische Gestaltung der rechtlichen Fixierung vorangeht. Da in einer ganzen Reihe von Fällen das Gegenteil zutreffend ist, die der politischen Gestaltung nunmehr vorangegangene rechtliche Fixierung durchweg aber nichts anderes als die Setzung von richterlichen Zweckmäßigkeitserwägungen und Wertmaßstäben ist, scheint sich zu bewahrheiten, was bereits in der Auseinandersetzung zwischen Carl Schmitt und Hans Kelsen in den 20er Jahren gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit ins Feld geführt worden war: daß die Justiz politisiert wird. Allerdings erfolgt diese Politisierung weniger im Sinne Schmitts, daß nämlich die Justiz in Form des Bundesverfassungsgerichts nunmehr Politik treibt. Das tut das Gericht ohnehin, weil es

---

31) Vergl. Werle "Justizorganisation und Selbstverständnis der Richter" S. 235. Sie resultiert wohl nicht zuletzt aus der Tendenz zur Sakralisierung nicht nur des Rechts, sondern auch der Rechtsprechung mit der Konsequenz, daß es seit langem - worauf Albert "Traktat über rationale Praxis" S. 66 f aufmerksam macht - "zwischen Religion und Recht und zwischen Theologie und Jurisprudenz enge Zusammenhänge und strukturelle Ähnlichkeiten gibt. ... Infolgedessen kommt man kaum an der Feststellung vorbei, daß hier von den Betroffenen offenbar in beiden Fällen ein Glaubensgehorsam erwartet wird, wie er für die übliche Deutung der Erkenntnispraxis in anderen Wissenschaften kaum in Betracht kommt."

32) Kritische Bemerkungen der Bundesregierung gegenüber dem Bundesverfassungsgericht sind daher auch keineswegs erst eine Erfindung der sozialliberalen Koalition. Zu erinnern ist etwa an die berühmte Stellungnahme Adenauers zur Fernseh-Entscheidung: "Das Kabinett war sich darin einig, daß das Urteil des Bundesverfassungsgerichts falsch ist"; BT, 3. WP, 147. Sitzung S. 8308.

33) Das trifft insbesondere hinsichtlich der Zulässigkeit des Schwangerschaftsabbruchs sowie der Wahrnehmung des Rechts auf Wehrdienstverweigerung zu.

eben nicht nur Rechtsprechungs-, sondern auch politisches Organ ist. Der dem Gericht in den letzten Jahren immer wieder gemachte Vorwurf, es treibe in unzulässiger Weise Politik[34], ist daher eine Tautologie und stellt nur fest, was nicht zu bestreiten ist. Aber das Bundesverfassungsgericht ist insofern politisiert, als es zum wiederholten Male politische Wertungen des Gesetzgebers durch seine eigenen ersetzt hat. Das gilt für die Deutschlandpolitik ebenso wie für die dem Staat auferlegte Pflicht, den Schwangerschaftsabbruch generell unter Strafandrohung zu stellen, weil nur auf diese Weise die von der Verfassung geforderte Mißbilligung dieser Handlung zum Ausdruck komme[35], oder etwa für die Auffassung des Gerichts, eine Verlängerung des Zivildienstes auf 24 Monate könne verhindern, daß wehrpflichtige Bürger den Wehrdienst nach Belieben verweigerten.[36]

Sicherlich wäre es abwegig, den Karlsruher Richtern unterstellen zu wollen, sie strebten wie die Justiz in der Weimarer Republik einen anderen Staat an. Die westdeutsche Justiz, allen voran das Bundesverfassungsgericht, hat in vielen Jahren maßgeblich zur Festigung des demokratischen Rechtssstaates beigetragen, so daß sich ein solcher Vorwurf schon von daher erübrigen würde. Dieser Beitrag und damit die Identifizierung der Justiz mit dem westdeutschen Staat bezogen sich allerdings wesentlich auf die Kanzlerdemokratie Konrad Adenauers, auf den durch ihn verkörperten Staat mit festen politischen und sozialen Konturen sowie einer starken Führung.[37] Eben dieses auf spezifische Art praktizierte Demokratiemodell gilt spätestens seit dem Amtsantritt der sozialliberalen Koalition nicht mehr. Als sie mit ihrem Bekenntnis zum "demokratischen Engagement der Bürger"[38] ernst machte und ihre Reformpolitik mit dem Ziel größerer Mitwirkungsmöglichkeit des einzelnen Bürgers in Gang setzte, war damit zugleich auch die Identität des Rechts als eines bewahrenden Elements bedroht.

---

34) So z.B. der hessische Ministerpräsident Börner, FR vom 30. Mai 1978.
35) BVerfGE 39 S. 47
36) NJW 1978 S. 1248
37) Ebenso Sontheimer "Justiz und Demokratie in Deutschland" S. 57.
38) Vergl. die erste Regierungserklärung Bundeskanzler Brandts BT, 6. WP, 5. Sitzung S. 33.

Auf diese Bedrohung hat das Bundesverfassungsgericht nicht nur im Zusammenhang mit der Deutschlandpolitik, sondern auch im Bereich der Innenpolitik mit dem Rückgriff auf die Ordnungsvorstellungen und Wertmaßstäbe reagiert, die zwei Jahrzehnte lang galten - wenn auch zum Ausgang der 60er Jahre nicht mehr unbestritten - und die Staatsraison vor bürgerliche Freiheit, Staatsautorität vor demokratische Öffentlichkeit und Verantwortung gesetzt haben.[39] Folge dieses Rückgriffs ist, daß Karlsruhe in einigen Bereichen westdeutscher Politik Pflöcke eingeschlagen hat, die Gesetzgeber und Regierung nur noch in der Rolle des Ausführungsorgans verfassungsgerichtlicher Entscheidungen auftreten lassen. Vorläufig sind es lediglich Teilbereiche, die dergestalt festgezurrt sind, so daß es unbegründet wäre, in Anlehnung an den Begriff der Weimarer Republik, mit dem bestimmte negative Assoziationen - auch im Hinblick auf die Rechtsprechung - verbunden sind, heute von einer Karlsruher Republik zu sprechen. Die Fülle verfassungsgerichtlicher Entscheidungen in einem Zeitraum von nur fünf Jahren, die der Politik der parlamentarischen Mehrheit spürbare Grenzen gesetzt hat, geben jedoch Anlaß zu der Frage, auf welche Weise eine solche Entwicklung aufgehalten werden kann.

II. Eine deutsche Tradition

Bevor diese Frage beantwortet werden soll, soll allerdings noch einmal kurz auf das Verhältnis von Politikern und Richtern eingegangen werden; denn es scheint, daß es in ihren Beziehungen zueinander ein spezifisch deutsches Merkmal gibt, das die eigentliche Ursache nicht nur der Politisierung der Justiz - wie Carl

39) Bracher charakterisiert dieses Staatsverständnis zutreffend mit den Worten: "Zur Erbschaft Adenauers zählt die Gewöhnung an obrigkeitliche, fast unpolitische Stabilität, an eine Ordnung wilhelminischen Zustands"; vergl. "Das deutsche Dilemma" S. 304. Die These, daß das Bundesverfassungsgericht während dieser Zeit maßgeblich zur Ausgestaltung der Freiheitsrechte des einzelnen beigetragen hat, steht zu diesem Staatsverständnis nur scheinbar in Widerspruch; denn diese Ausgestaltung erfolgte gerade auf der Grundlage der stabilen Kanzlerdemokratie Adenauers und vermochte die Staatsautorität nicht zu erschüttern.

Schmitt sie vor allem befürchtet hatte -, sondern auch der Juridifizierung der Politik ist.

Seit mehr als 150 Jahren rekrutiert sich die politische Führungsschicht in Deutschland in überproportionalem Ausmaß aus Juristen.[40] Mit Ausnahme des Dritten Reichs sind seit dieser Zeit nicht nur mehr als die Hälfte aller Beamten des höheren Dienstes Juristen gewesen, sondern das Juristenprivileg gilt bis auf den heutigen Tag selbst auf der obersten Ebene politischer Führung, der Regierung.[41] Zahlen aus der jüngsten Vergangenheit belegen diese These. Von insgesamt 54 Mitgliedern der Bundeskabinette der Jahre 1949 bis 1963 hatten 43 eine Hochschulausbildung, von denen wiederum 24 Juristen waren.[42] Ja, gerade hinsichtlich der Ressorts von besonderem Gewicht könnte man zu dem Schluß gelangen, daß die Juristeneigenschaft ein wesentliches Kriterium für die Berufung zum Minister ist. So wurden das Auswärtige Amt wie auch das Innenministerium von 1949 bis heute mit jeweils zwei Ausnahmen von Juristen geleitet, ebenso wie etwa die Finanzminister bis 1966 ausschließlich Juristen und nicht etwa Volkswirte waren.[43] Da Akademiker jedoch - bewußt oder unbewußt, in größerem oder geringerem Umfang - mit dem Handwerkszeug operieren, mit dem sie auf der Universität ausgerüstet worden sind, ist es nicht verwunderlich, daß juristisches Denken die deutsche Politik immer wieder geprägt hat, daß bei einer großen Zahl von Politikern die Tendenz zu einer Verrechtlichung der Politik latent vorhanden ist. Diese Tendenz hat sich z.B. in prägnanter Weise in der Deutschlandpolitik niedergeschlagen, und sie kommt in der bis heute nicht nachlassenden Neigung der Politiker zum Ausdruck, bei kontroverser Abstimmung über hochpolitische Gesetze die Drohung mit dem Gang nach Karlsruhe nicht selten in die Tat umzusetzen.[44]

---

40) Zu dieser Entwicklung ausführlich Bleek "Von der Kameralausbildung zum Juristenprivileg" S. 104 ff.

41) Vergl. Dahrendorf "Gesellschaft und Demokratie in Deutschland" S. 260 ff.

42) Gerstein/Schellhoss "Die Bonner Exekutive" S. 97

43) Vergl. "Handbuch des Deutschen Bundestages", 1. bis 8. WP.

44) Es ist daher wenig erstaunlich, daß selbst jene Politiker, die diese Neigung beklagen, in der aktuellen politischen Auseinandersetzung eben diesem juristischen Denken gleichfalls erliegen. Ein Beispiel hierfür ist der damalige Oppositionsführer Carstens, der in dieser Eigenschaft vergessen zu haben schien, was er kurz zuvor in seinem Buch "Politische Studien" S. 203 f noch bemängelt hatte.

Die Tatsache, daß über Jahrzehnte "die deutsche politische Klasse sich in zentralen Elementen als eine Elite von Juristen beschreiben läßt"[45], mußte zwangsläufig Auswirkungen auf das Bewußtsein und Selbstverständnis jener Juristen haben, die nicht zu dieser politischen Führungsschicht zählen, d.h. auch auf die Richter. Wenn nämlich in dieser großen Zahl Juristen an hervorragender Stelle im Staat tätig sind, scheint das weniger eine Folge ihrer Persönlichkeit als vielmehr ihrer Ausbildung zu sein. Diese nicht zu leugnende Kausalität zwischen juristischer Ausbildung und Zusammensetzung der politischen Führungsschicht führte dazu, daß sich die Juristen insgesamt für eine potentielle Elite halten. Dieses Bewußtsein manifestiert sich beispielsweise bei den Richtern darin, daß über 80 % von ihnen der Ansicht sind, Juristen seien besonders geeignet, Führungspositionen in Wirtschaft und Gesellschaft zu übernehmen.[46] Die deutschen Juristen leiden also nicht an einem Minderwertigkeitskomplex[47], sondern sie sind im Gegenteil mit einem außerordentlich starken Selbstbewußtsein ausgestattet.

Zu diesem Selbstbewußtsein gesellt sich speziell bei den Richtern ein weiteres Wesensmerkmal, das in den Worten eines ehemals führenden Repräsentanten dieses Berufsstandes zum Ausdruck kommt: "Die überwiegende Zahl unserer Richter sind Positivisten und können nichts anderes sein."[48] Diese Eigenschaft wäre nicht zu beanstanden, wenn sie nicht für den Hang vieler Richter ausschlaggebend wäre, das Recht zu verabsolutieren, die Justiz als Gegenwelt zur Politik zu sehen: hier der Richter, der sachbezogen und unbeeinflußt von Emotionen entscheidet, dort der Politiker, der interessengebunden und voreingenommen ist; hier Problemlösungen sine ira et studio, dort Parteinahme, Kampf, Leidenschaft. Diese Selbsteinschätzung bringt den Richter aber in einen latenten Gegensatz zum Politiker.

---

45) Dahrendorf aaO S. 261
46) Kaupen/Rasehorn "Die Justiz zwischen Obrigkeit und Demokratie" S. 74.
47) So aber Bader "Die deutschen Juristen" S. 5. Diese Behauptung läßt sich wohl nur aufrechterhalten, wenn man allein auf die Stellung der Juristen im Dritten Reich abhebt, als ihre traditionelle Überrepräsentation durchbrochen wurde.
48) Werner "Vom Richteramt in unserer Zeit" S. 39

Das Verhältnis der Richter zu den Politikern ist also durchaus ambivalent. Einerseits gründet das Selbstbewußtsein der Richter nicht unwesentlich auf jenen Juristen, die der politischen Führungsschicht angehören, zum anderen folgt aus ihrer Selbsteinschätzung, nach der sie unbeeinflußbare Diener des Rechts sind, ein gewisses Unbehagen gegenüber der Politik, das wiederum die Ursache für die Zweifel an der sachlichen Kompetenz der Politiker ist. Diese Zweifel gegenüber der Fähigkeit der Politiker, richtige Entscheidungen zu treffen[49], sind der eigentliche Kern der Politisierung der Justiz; denn wie die Geschichte der Justiz zeigt, wächst bei den Richtern dann die Bereitschaft, das Alte gegen das Neue zu bewahren, wenn die auf der politischen Ebene von der Mehrheit geteilten Wertvorstellungen mit ihren eigenen nicht mehr übereinstimmen. Möglich ist die Bewahrung aber nur, indem sich die Richter jenen politischen Kräften anschließen, die dieselben - und das bedeutet regelmäßig am Status quo ausgerichteten - Vorstellungen wie sie selbst haben, indem sie die Gestaltung öffentlicher Angelegenheiten in ihrem Sinne zu beeinflußen suchen. Während diese Bereitschaft in der Weimarer Republik in besonders ausgeprägter Weise offenkundig geworden ist[50], ist das in Westdeutschland bisher nur in Ansätzen der Fall.

Weil die Tendenz zur Juridifizierung der Politik auf der einen, zur Politisierung der Justiz auf der anderen Seite auch in der Gegenwart nicht zu leugnen ist, scheint die These gerechtfertigt zu sein, daß es sich hier um eine deutsche Tradition handelt, die zumindest für Westdeutschland ihre Gültigkeit behalten hat[51]: Der latenten Gefahr der Verrechtlichung der

---

49) Auch der jetzige Präsident des Bundesverfassungsgerichts scheint von diesen Zweifeln nicht verschont zu sein, wie seine Einlassung im Rahmen einer Diskussion zwischen Bundestagsabgeordneten und Bundesverfassungsrichtern zeigt: "Während der Parlamentarier unter Zeitdruck seine Entscheidungen fasse, sei es das Geschäft der Richter, eine 'solide, geduldige handwerkliche Arbeit' zu leisten." Vergl. "Parlamentskorrespondenz - heute im bundestag" vom 23. Januar 1979.

50) Vergl. Kübler AcP Band 162 S. 112 ff, Beradt "Der deutsche Richter" S. 209 ff sowie zur Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs speziell zu Art. 48 der Weimarer Verfassung Joël AöR Band 77 S. 157 ff.

51) In Ostdeutschland gilt das Juristenprivileg, soweit ersichtlich, nicht.

Politik entspricht die latente Gefahr der Politisierung der Rechtsprechung. Diese Wechselbeziehung zwischen Politik und Rechtsprechung, zwischen Politikern und Richtern erfährt in Form der Verfassungsgerichtsbarkeit lediglich insofern eine Verstärkung, als die Urteile des Bundesverfassungsgerichts ihrerseits zu einer weiteren Verrechtlichung der Politik führen.

Weder Carl Schmitt noch Hans Kelsen haben diese deutsche Tradition bei ihrer Auseinandersetzung um die Zweckmäßigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit hinreichend gewürdigt.[52)] Beide haben der Juridifizierung der Politik kaum Gewicht beigemessen und damit die mögliche Überforderung der Verfassungsgerichtsbarkeit durch die Politiker nicht in ihr Kalkül einbezogen; beide haben darüber hinaus das Selbstbewußtsein und die Selbsteinschätzung der Richter nicht hinreichend berücksichtigt und damit das ambivalente Verhältnis der Richter zu den Politikern zuwenig beachtet. Beides gilt es jedoch zu bedenken, wenn heute die Diskussion um die Zweckmäßigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit erneut auflebt, wenn die Frage beantwortet werden soll, welche Schritte erforderlich sind, um zu verhindern, daß der Weimarer die Karlsruher Republik folgt.

III. Der Primat der Politik

Wie immer die genannten Urteile des Bundesverfassungsgerichts seit 1973 bewertet worden sind, in einem besteht doch weitgehend Einigkeit: daß eine Kompetenzverschiebung in Richtung auf das Gericht vermieden werden muß, und zwar nicht zuletzt deshalb, weil seine Entscheidungen im Gegensatz zu jenen der Politiker so gut wie nicht korrigierbar sind. Es ist daher nicht überraschend, daß die Phase des judicial activism auch den Anstoß dazu gegeben hat, verstärkt darüber zu diskutieren, wie der Gefahr der Kompetenzverlagerung begegnet werden kann. Drei Lösungsmodelle zeichnen sich in dieser Diskussion ab.

52) Vergl. oben S.12.

Die Theorie der offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten geht davon aus, daß eine Kompetenzverlagerung dann nicht zu erwarten sei, wenn sich an der Verfassungsinterpretation alle Staatsorgane, Experten und Bürger ständig beteiligten; denn einer solchen öffentlichen Verfassungsinterpretation könne sich schließlich auch das Bundesverfassungsgericht nicht entziehen mit der Folge, daß die Ergebnisse dieses öffentlichen Disputs notwendigerweise Auswirkungen auf seine Rechtsprechung hätten. Auf diese Weise werde eine Beliebigkeit richterlicher Auslegung von Verfassungsnormen von vornherein verhindert.[53)]

Diesem mehr optimistischen steht das eher skeptische Konzept der qualifizierten Mehrheitsentscheidung gegenüber. In einer Demokratie sei es durch nichts gerechtfertigt, daß Maßnahmen, die die Legislative mit knapper Mehrheit beschlossen habe, durch eine ebenso knappe Richtermehrheit aufgehoben würden. Diese Praxis sei vor allem unter dem Gesichtspunkt fragwürdig, daß sich der Gesetzgeber bei jedem politisch kontroversen Problem des Sachverstandes von Experten, und das heiße auch von juristischen Experten bediene. Da kein Grund zu der Annahme bestehe, daß die Juristen in Bonn weniger qualifiziert seien als die in Karlsruhe, sei die Begrenzung legislativer und exekutiver Kompetenzen durch eine Kassationsinstanz nur vertretbar, wenn deren Entscheidungen von mindestens zwei Dritteln der Richter getragen werde.[54)]

Eine vermittelnde Rolle zwischen diesen beiden "Vermeidungs"-Strategien nimmt schließlich die Mäßigungstheorie ein, die überwiegend vertreten wird und drei Adressaten anspricht. Einerseits gezieme es sowohl der parlamentarischen Opposition wie der parlamentarischen Mehrheit, alles zu tun, um Verfassungskonflikte und damit den Gang nach Karlsruhe zu vermeiden, andererseits solle sich das Bundesverfassungsgericht auf den Grundsatz des judicial self-restraint besinnen und bei politischen Meinungsverschiedenheiten von seinen Befugnissen in

53) Häberle JZ 1975 S. 302 f
54) Dichgans "Recht und Politik in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts" S. 954, Dopathka FH 1978 S. 19

behutsamer Weise Gebrauch machen. Nur so lasse sich die Machtbalance zwischen den Gewalten gewährleisten.[55)]

Allen drei Konzepten ist nicht nur gemeinsam, daß sie den Zuständigkeitsbereich des Bundesverfassungsgerichts, d.h. seine potentielle Machtfülle grundsätzlich unangetastet lassen, sondern sie erweisen sich, wie die Rechtsprechung seit 1973 zeigt, darüber hinaus als wenig erfolgversprechend. Was die Theorie der offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten wie auch die Mäßigungstheorie anlangt, so ist daran zu erinnern, daß beide seit Bestehen des Gerichts propagiert werden und letztlich gleichwohl nicht den Effekt zeigen, den sich ihre Erfinder erhofft hatten; denn weder hat die öffentliche Verfassungsinterpretation, die gerade in den letzten Jahren stattgefunden hat, einen erkennbaren Eindruck auf das Karlsruher Gericht gemacht noch haben die Appelle zur Mäßigung bei Politikern und Richtern Widerhall gefunden, als es darum ging, bei politischen Meinungsverschiedenheiten die jeweils geforderte Zurückhaltung auch tatsächlich zu üben. Und was den Vorschlag angeht, das Quorum richterlicher Kassationsbefugnis auf zwei Drittel festzusetzen, so spricht allein schon die Tatsache gegen die erhoffte Entpolitisierung des Bundesverfassungsgerichts, daß sämtliche in Rede stehenden Entscheidungen seit 1973 von mindestens sechs Richtern getragen wurden, der geforderten qualifizierten Mehrheit also bereits heute, ohne daß sie gesetzlich fixiert ist, regelmäßig entsprochen wird. Die drei Konzepte berücksichtigen mithin weder die latent vorhandene Gefahr der Juridifizierung der Politik durch die Politiker noch umgekehrt die Neigung der Richter zur Politisierung der Justiz.

Neben der Nichtberücksichtigung dieser deutschen Tradition ist allerdings ein weiterer Einwand gegen diese Konzepte geltend zu machen und damit auch gegen die vor allem vom Bundesverfassungsgericht selbst beanspruchte "Weisheit der Richter, zu wissen, wie weit sie bei der Ausübung ihrer Verfassungsaufgabe

55) H.H. Klein PM 1975 H. 162 S. 73 f., Vogel aaO S. 668

gehen können, ohne die von der Verfassungsordnung vorausgesetzte Balance zwischen der gesetzgebenden Gewalt und der Verfassungsgerichtsbarkeit zu stören"[56]. Selbst wenn man nämlich unterstellt, daß die letztverbindlichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts eine Befriedungsfunktion haben[57], so fragt sich doch, ob deren besondere Qualität mit der pluralistischen Demokratie vereinbar ist, wie sie auch in Westdeutschland praktiziert wird.

Der Pluralismus geht von der weltanschaulichen, kulturellen, sozialen und ökonomischen Komplexität und Differenziertheit der Gesellschaft aus. In der so gearteten Gesellschaft sind vielfältige, verschiedenartige Kräfte wirksam, die sich ihrer jeweils gegebenen Mittel und Möglichkeiten bedienen, um Einfluß auf die politische Willensbildung und den politischen Entscheidungsprozeß zu gewinnen. Diese pluralen Kräfte sind prinzipiell gleichberechtigt mit der Folge, daß sie in Konkurrenz und Konflikt miteinander über den Zustand und die Entwicklung der Individuen, der Gruppen und der Gesellschaft im ganzen entscheiden.[58]

Die Heterogenität der je verschiedenen Gruppen und Auffassungen bringt es mit sich, daß eine von allen getragene Lösung von Konflikten nicht immer möglich ist. Das wiederum hat zur Konsequenz, daß dem pluralistischen Demokratiemodell nicht nur Konkurrenzsituationen und Konflikte, sondern gleichermaßen Mehrheitsentscheidungen immanent sind. Diese Mehrheitsentscheidungen, im parlamentarischen System von den Repräsentanten des Volkes im Parlament getroffen, sind für die Minderheit deswegen akzeptabel, weil diese spätestens bei den regelmäßig stattfindenden Wahlen die Chance hat, Mehrheit zu werden, weil sie die Aussicht hat, durch Mehrheitsentscheidung beigelegte Konflikte eines Tages ihren Vorstellungen gemäß zu lösen. Mit anderen Worten: Nicht Harmonie im Sinne einer letztverbindlichen Entscheidung ist charakteristisch für die pluralistische

56) So Richterin Rupp-von-Brünneck AöR Band 102 S. 25.
57) Zu Recht wird immer wieder darauf hingewiesen, daß diese Funktion nicht überbeansprucht werden darf, soll ihre Wirkung nicht verlorengehen; dazu Massing "Das Bundesverfassungsgericht als Instrument sozialer Kontrolle" S. 192 f.
58) Vergl. Schwan "Die Krise der pluralistischen Demokratie ist ihre Chance" S. 40 ff.

Demokratie - sozusagen als Synthese der je verschiedenen Auffassungen -, sondern Harmonie im Sinne der Respektierung eines Entscheidungsprozesses, der auf Artikulierung und Austragung der Interessen, Kompromiß, Kooperation und Toleranz beruht und, wenn nicht anders möglich, auch Mehrheitsentscheidungen einschließt, die allerdings keinen Ewigkeitswert beanspruchen, sondern grundsätzlich jederzeit revidiert werden können, mithin prinzipiell offen sind.[59)]

Diesem pluralistischen Demokratiemodell entspricht der Primat der Politik, weil Politik im Wege des trial and error betrieben wird, weil sich die an diesem Politikprozeß Beteiligten auf den Grundsatz des benefit of doubt berufen dürfen. Gerade diese für einen pluralistischen Meinungsbildungsprozeß unabdingbaren Grundsätze, die Macht und Einfluß der politischen Instanzen von vornherein relativieren, gelten für das Bundesverfassungsgericht nicht. Weniger der Kompromiß als Widerspiegelung unterschiedlicher Interessen als vielmehr die Orientierung an den Kategorien "richtig" und "falsch", "verfassungsgemäß" und "verfassungswidrig" zeichnet seine Entscheidungen aus. Behauptetes Recht wird auf seine Übereinstimmung mit nicht zur Disposition stehendem Recht überprüft. Da dieses nicht zur Disposition stehende Recht aber gerade hinsichtlich des Verfassungsrechts häufig eine Fiktion ist und, wie gezeigt, mehr als einmal durch Wertentscheidungen der Richter ersetzt wird, nimmt am politischen Meinungsbildungs- und Entscheidungsprozeß eine Instanz teil, die im Widerspruch zum pluralistischen Demokratiemodell mit dem Anspruch versehen ist, unfehlbare und unkorrigierbare Entscheidungen zu treffen.[60)] Der grundsätzlichen Kompromißbereitschaft auf politischer Ebene steht somit

---

59) Vergl. Bracher "Das deutsche Dilemma" S. 305.

60) Geradezu zwangsläufig ist es, wenn angesichts dieses Tatbestandes vom Bundesverfassungsgericht ernsthaft behauptet wird, "es kann das Grundgesetz nicht 'falsch' auslegen, da seinen Entscheidungen der Charakter von Rechtsquellen zukommt", wenn es darüber hinaus nicht mehr nur als ein Verfassungsorgan unter mehreren, sondern als "oberstes Verfassungsorgan" bezeichnet wird, und zwar sowohl auf politischer wie auf wissenschaftlicher Ebene. Vergl. einerseits Doehring/Ress "Staats- und völkerrechtliche Aspekte der Berlin-Regelung" S. 3, andererseits BT, 8. WP, 21. Sitzung S. 1304 sowie Külz aaO S. 276.

die grundsätzliche Kompromißlosigkeit der Verfassungsrechtsprechung gegenüber.

Da das Wesen jeder Gerichtsbarkeit in der Streitentscheidung liegt, erscheint es ausgeschlossen, die Verbindlichkeit verfassungsgerichtlicher Urteile durch die Relativität zu ersetzen, die für die in einer pluralistischen Demokratie getroffenen Entscheidungen gemeinhin charakteristisch ist. Der Gefahr, daß immer mehr Politikbereiche in Karlsruhe statt in Bonn abgesteckt werden, ist daher nur zu begegnen, wenn das Bundesverfassungsgericht nicht länger mit der Rolle des politischen Schiedsrichters betraut wird. In diese Rolle wird es aber zwangsläufig immer dann hineingedrängt, wenn es im Wege der abstrakten Normenkontrolle angerufen wird. Es würde deswegen nicht reichen, nur die Außenpolitik für nicht justitiabel zu erklären.[61] Zu erwägen wäre vielmehr, ob um des Primats der Politik willen die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 des Grundgesetzes verankerte abstrakte Normenkontrollklage nicht ersatzlos gestrichen werden sollte; denn hierbei handelt es sich in der Regel um die Fortsetzung der politischen Auseinandersetzung mit anderen Mitteln.[62]

Mit dem Verzicht auf die abstrakte Normenkontrolle, der der Parlamentarische Rat so wenig Aufmerksamkeit geschenkt hatte, weil er die Antithetik von Recht und Politik zugrunde legte, würde aber nicht nur dem pluralistischen Demokratiemodell entsprochen, sondern auch der erwähnten deutschen Tradition Rechnung getragen. Während den Politikern die Möglichkeit genommen würde, ihre Neigung zur Juridifizierung der Politik auf die Spitze zu treiben, würden die Richter davor bewahrt, einen im Kern politischen Streit als einen Streit um juristische Fachfragen aufzufassen und auf diese Weise zumindest unbewußt zur Politisierung der Justiz beizutragen; wäre es ihnen in geringerem Umfange möglich, bewußt die Politik antizipierend

61) So der Vorschlag von Dichgans aaO S. 956.
62) In der Tendenz ebenso Richter Hirsch, "Der Spiegel" vom 27. November 1978.

einzuengen, um ein für alle Mal "reinen Tisch" zu machen, was nach Aussage des Richters Hirsch das eigentliche Motiv für die politischen Leitlinien im Grundlagenvertragsurteil gewesen ist.[63] Darüber hinaus stellte sich das Problem der zureichenden Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts weniger dringlich, weil der Ruf hiernach um so leiser wird, je schmaler seine Kompetenzen sind, je mehr es sich darauf konzentriert, eine Instanz zu sein, die dem Bürger die Durchsetzung seiner Grundrechte gegenüber dem Staat garantiert. Weil niemand diese Aufgabe des Gerichts in Frage stellt, würde der westdeutsche Staat auch bei Abschaffung der abstrakten Normenkontrolle weiterhin ein Rechtsstaat sein; denn nicht der Richterstaat im Sinne von Marcic[64] macht den Rechtsstaat aus, sondern dessen Wesensmerkmal besteht in der Durchsetzbarkeit der Grund- und Freiheitsrechte des Menschen gegenüber staatlichen Instanzen.

Selbstverständlich könnte der Fortfall der abstrakten Normenkontrolle die Politisierung des Bundesverfassungsgerichts nicht vollends verhindern. Sein Zuständigkeitskatalog bliebe immer noch so umfassend, daß diese Gefahr weiter bestünde. Allein schon aufgrund der über 1.000 Verfassungsbeschwerden pro Jahr - von denen allerdings nur gut 1 % Erfolg haben - kann nicht ausgeschlossen werden, daß auch in Zukunft Entscheidungen wie das Hochschul- oder Diäten-Urteil ergehen. Ebensowenig ist auszuschließen, daß das Bundesverfassungsgericht - wie jüngst im Mitbestimmungs- und Parteispenden-Urteil[65] geschehen - den Faden des judicial self-restraint wieder aufnimmt. Aber es ist vor allem die abstrakte Normenkontrolle, die die immer wieder festzustellende Abwanderung der Politik zum Bundesverfassungsgericht sowie als Folge davon die Kompetenzüberschreitung der Richter bewirkt. Mit dem Verzicht auf dieses Institut wäre daher der Wegfall von Chance und Risiko zugleich verbunden: In demselben Maße, wie den Politikern die Chance genommen wird, die Richter in primär politische Auseinandersetzungen einzube-

63) Ebenda
64) "Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat" S. 231 ff
65) NJW 1979 S. 699 ff und S. 1815 ff

ziehen, wird das Risiko der Richter abnehmen, an die Stelle von Legislative und Exekutive zu treten. Die Verminderung von Chance und Risiko brächte es wiederum mit sich, daß die Politiker nicht länger ständig nach Karlsruhe blicken müßten, was zumal bei der Ost- und Deutschlandpolitik der Fall war und ist. Das Grundlagenvertragsurteil war ja nur möglich, weil es die abstrakte Normenkontrolle gibt; eine Verfassungsbeschwerde wäre schon an den Zulässigkeitsvoraussetzungen gescheitert, weil die Rechte des einzelnen durch den Grundlagenvertrag weder gegenwärtig noch unmittelbar betroffen waren.

Mit anderen Worten: In vielen Fällen könnten Wertentscheidungen und die auf ihnen gründenden Rechtstheorien, die zu ihrer Zeit vertretbar sein mögen, aufgrund der geänderten politischen Realität durch neue ersetzt werden, ohne daß es zu einem Verfassungskonflikt kommen, ohne daß über sie ein Gericht entscheiden müßte. Bliebe diese Entscheidung dagegen den Wählern bzw. deren Repräsentanten überlassen, dann würde sich auch in bezug auf die Deutschlandpolitik die berechtigte Frage von Dichgans erübrigen: "Wenn es zu einem Kriege käme und wenn dann ein Friedensvertrag geschlossen werden soll; kann man in diesen Fällen dem Bundesverfassungsgericht das Recht einräumen, darüber zu entscheiden, ob dieser Vertrag nicht geschlossen werden darf, weil er etwa durch Konstituierung endgültiger Zustände flagrant gegen das Gebot der Wiedervereinigung verstößt, und der Krieg muß deshalb weitergehen?"[66] Zumal die westdeutsche Politik ohnehin zur Juridifizierung neigt, sollte die Antwort eindeutig negativ ausfallen.

Als die Schöpfer des Grundgesetzes den Zuständigkeitskatalog des Bundesverfassungsgerichts aufstellten, geschah das vor dem Hintergrund des gerade zu Ende gegangenen Unrechtsregimes Hitlers, d.h. das Gericht wurde mehr mit dem Blick auf die Vergangenheit mit seiner einzigartigen Machtfülle ausgestattet, als daß die Gefahren seiner Kompetenzfülle vorausgesehen worden

66) aaO S. 955 f. Die Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts sind Durch die Notstandsgesetze nicht berührt.

wären. Nach über 25jähriger Rechtsprechung zeigt sich, daß die "Weisheit der Richter" kaum geeignet ist, die Macht des Bundesverfassungsgerichts zu begrenzen. Das zu tun erscheint jedoch angebracht, weil Verfassungsfragen - wie Lassalle schon vor mehr als 100 Jahren überzeugend nachgewiesen hat - "ursprünglich nicht Rechtsfragen, sondern Machtfragen"[67] sind. Macht aber bedarf der Kontrolle und Beschränkung, soll sie nicht ausufern. Im Interesse von Politik und Justiz sollte das Bundesverfassungsgericht, das bis heute eine potentiell unbegrenzte Machtfülle hat, von diesem Grundsatz nicht ausgenommen werden. Der Verzicht auf die abstrakte Normenkontrolle wäre eine solche Beschränkung. Er könnte dazu beitragen, daß die deutsche Frage wieder zu dem wird, was sie von Anbeginn gewesen ist: in erster Linie eine politische Frage.

---

67) "Über Verfassungswesen" S. 49

Abkürzungen

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AdG	Archiv der Gegenwart
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BGBl	Bundesgesetzblatt
BT	Deutscher Bundestag
BR	Bundesrat
Bulletin	Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DA	Deutschland Archiv
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRZ	Deutsche Richterzeitung
DuR	Demokratie und Recht
DV	Deutsche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EA	Europa Archiv
edp	Evangelischer Pressedienst
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
fdk	Freie Demokratische Korrespondenz
FH	Frankfurter Hefte
FR	Frankfurter Rundschau
GBl	Gesetzblatt
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
GV	Der Grundlagenvertrag vor dem Bundesverfassungsgericht
HLR	Harvard Law Review
ICLQ	The International and Comparative Law Quarterly
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NR	Neue Rundschau
PM	Die politische Meinung
PuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
PVS	Politische Vierteljahresschrift
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Sten.Prot.	Stenographisches Protokoll
SZ	Süddeutsche Zeitung
VVDStL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WP	Wahlperiode
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
Zur Sache	Zur Sache - Themen parlamentarischer Beratung, hrsg. vom Presse- und Informationszentrum des Deutschen Bundestages

Bibliographie

Abendroth, Wolfgang: Zwiespältiges Verfassungsrecht in Deutschland. In: AöR Band 77 S. 1 ff.
Adenauer, Konrad: Erinnerungen 1945 - 1953. Stuttgart 1965.
Adenauer, Konrad: Erinnerungen 1953 - 1955. Stuttgart 1966.
Adenauer, Konrad: Erinnerungen 1955 - 1959. Stuttgart 1967.
Adenauer-Studien Band III - Untersuchungen und Dokumente zur Ostpolitik und Bibliographie. Hrsg. von Morsey, Rudolf/Repgen, Konrad. Mainz 1974.
Albert, Hans: Traktat über rationale Praxis. Tübingen 1978.
Allensbacher Jahrbuch der Demoskopie 1974 - 1976. Hrsg. von Noelle-Neumann, Elisabeth. Wien - München - Zürich 1976.
Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reichs. 14. Aufl., Darmstadt 1960.
Arndt, Adolf: Der deutsche Staat als Rechtsproblem. Berlin 1960.
Arndt, Claus: Das Grundgesetz und die Beziehungen zum anderen Teil Deutschlands. In: Die neue Gesellschaft 1974 S. 363 ff.
Aspekte der deutschen Wiederbewaffnung bis 1955. Hrsg. vom Militärgeschichtlichen Forschungsamt. Boppard/Rhein 1975.
Bachof, Otto: Das Bundesverfassungsgericht und die Beamtenverhältnisse. In: DÖV 1954 S. 33 ff.
Bachof, Otto: Grundgesetz und Richtermacht. Tübingen 1959.
Backhaus, Jürgen: Politikwissenschaftliche Analyse interpretatorischer Veränderungen von Verfassungsnormen, dargestellt anhand von Art. 41 der hessischen Landesverfassung und Art. 15 i.V.m. Art. 14 III Grundgesetz. In: PVS 1976 S. 520 ff.
Bader, Karl Siegfried: Die deutschen Juristen. Tübingen 1947.
Baring, Arnulf: Außenpolitik in Adenauers Kanzlerdemokratie. München 1971.
Bark, Dennis L.: Die Berlin-Frage 1949 - 1955. Berlin - New York 1972.
Barzel, Rainer: Auf dem Drahtseil. München - Zürich 1978.
Bathurst, M.E./Simpson, J.L.: Germany and the North Atlantic Community. London 1956.
Die Bemühungen der deutschen Regierung und ihrer Verbündeten um die Einheit Deutschlands 1955 - 1966 . Hrsg. vom Auswärtigen Amt. 1966.
Bender, Peter: Die Ostpolitik Willy Brandts oder Die Kunst des Selbstverständlichen. Reinbek 1972.
Beradt, Martin: Der deutsche Richter. Frankfurt a.M. 1930.
Berber, Friedrich: Lehrbuch des Völkerrechts I. Band. München - Berlin 1960.
Berlin - Quellen und Dokumente 1945 - 1951. Hrsg. im Auftrage des Senats von Berlin. Berlin 1964.
Berlin - Ringen um Einheit und Wiederaufbau 1948 - 51. Hrsg. im Auftrage des Senats von Berlin. Berlin 1962.
Bernhardt, Rudolf: Völkerrechtliche Bemerkungen zum Grundvertrags-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. In: Recht im Dienst des Friedens - Festschrift für Eberhard Menzel S. 109 ff. Berlin 1975.
Besson, Waldemar: Die Außenpolitik der Bundesrepublik. Frankfurt - Berlin - Wien 1973.
Beyer, Wilhelm Raimund: Hypertrophie des Richterstaates. In: Demokratie und Recht 1973 S. 248 ff und 374 ff.
Bieberstein, Walter Freiherr Marschall von: Zum Problem der völkerrechtlichen Anerkennung der beiden deutschen Regierungen. Berlin 1959.

Billing, Werner: Bundesverfassungsgericht und Außenpolitik. In: Handbuch der deutschen Außenpolitik S. 157 ff. Hrsg. von Schwarz, Hans-Peter. München - Zürich 1975.
Billing, Werner: Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Berlin 1969.
Bleek, Wilhelm: Von der Kameralausbildung zum Juristenprivileg. Berlin 1972.
Böhm, Dietrich: Berliner Verfassung, Grundgesetz und Besatzungsmacht. 1966.
Bracher, Karl Dietrich: Das deutsche Dilemma. München 1971.
Bracher, Karl Dietrich: Die Krise Europas 1917 - 1975. Frankfurt/M. - Berlin - Wien 1976.
Bracher, Karl Dietrich: Kritische Betrachtungen über den Primat der Außenpolitik. In: Faktoren der politischen Entscheidung - Festgabe für Ernst Fraenkel zum 65. Geburtstag S. 115 ff. Berlin 1963.
Bracher, Karl Dietrich: Schlüsselwörter in der Geschichte. Düsseldorf 1978.
Bracher, Karl Dietrich: Zeitgeschichtliche Kontroversen - Um Faschismus, Totalitarismus, Demokratie. München 1976.
Brandt, Willy: Begegnungen und Einsichten. Hamburg 1976.
Brandt, Willy/Lania, Leo: Mein Weg nach Berlin. München 1960.
Brandt, Willy/Löwenthal, Richard: Ernst Reuter - Ein Leben für die Freiheit. München 1957.
Brandt, Willy/Uhlitz, Otto/Körber, Horst: Von Bonn nach Berlin. Berlin 1957.
Brzezinski, Zbignien K.: Deutsche Einheit durch europäische Verflechtung. In: Denken an Deutschland S. 91 ff. Hrsg. von Sommer, Theo. Hamburg 1966.
Carstens, Karl: Politische Führung. Stuttgart 1971.
Catudal jr., Honoré M.: The Diplomacy of the Quadripartite Agreement on Berlin. Berlin 1978.
Clauder, Arnulf: Deutschlandpolitik vor Gericht? In: PM 1970 Heft 2 S. 41 ff.
Cramer, Dettmar: Deutschland nach dem Grundvertrag. 2. Aufl., Stuttgart 1973.
Cramer, Dettmar: Gefragt: Egon Bahr. Bornheim 1975.
Czempiel, Ernst-Otto: Die Vereinigten Staaten von Amerika und die Entspannung. In: PuZ 1977 B 37 S. 3 ff.
Dahm, Georg: Völkerrecht Band I. Stuttgart 1958.
Dahrendorf, Ralf: Gesellschaft und Demokratie in Deutschland. München 1965.
Delbrück, Jost: Quo vadis Bundesverfassungsgericht? In: Recht im Dienst des Friedens - Festschrift für Eberhard Menzel S. 83 ff. Berlin 1975.
Delbrück, Jost: Die staatsrechtliche Stellung Berlins in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Bundesgerichte. In: Ostverträge - Berlin-Status - Münchner Abkommen - Beziehungen zwischen der BRD und der DDR S. 214 ff. Hamburg 1971.
Dennewitz, Bodo: Kommentar zu Art. 23 GG. In: Kommentar zum Bonner Grundgesetz. Hamburg (Stand) 1978.
Deuerlein, Ernst: Die Einheit Deutschlands. Frankfurt/M. - Berlin 1957.
Die deutsche Ostpolitik 1961 - 1970. Hrsg. von Meissner, Boris. Köln 1970.
Der deutsche Soldat in der Armee von morgen. Hrsg. in Zusammenarbeit mit dem Institut für europäische Politik und Wirtschaft. München 1954.
Dichgans, Hans: Recht und Politik in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts. In: Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung - Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag S. 945 ff. Tübingen 1974.
Doehring, Karl: Der 'pouvoir neutre' und das Grundgesetz. In: Der Staat 1964 S. 201 ff.
Doehring, Karl/Ress, Georg: Staats- und völkerrechtliche Aspekte der Berlin-Regelung. Frankfurt/M. 1972.
Dokumentation zur Deutschlandfrage Band I ff. Hrsg. von Siegler, Heinrich von.

Dokumente zur Berlin-Frage 1944 - 1966. Hrsg. vom Forschungsinstitut der Deutschen Gesellschaft für Auswärtige Politik e.V. in Zusammenarbeit mit dem Senat von Berlin. 3. Aufl., München 1967.
Dokumente zur Deutschlandpolitik III. Reihe. Hrsg. vom Bundesministerium für gesamtdeutsche Fragen. Frankfurt/M. - Berlin 1963.
Dolzer, Rudolf: Die staatstheoretische und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts. Berlin 1972.
Dopatka, Friedrich-Wilhelm: Zwei Vorschläge zur Novellierung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes. In: FH 1978 S. 9 ff.
Drath, Martin: Berlin und Bonn. In: JR 1951 S. 385 ff.
Drath, Martin: Die staatsrechtliche Stellung Berlins. In: AöR Band 82 S. 27 ff.
Eisner, Erich: Zur rechtlichen und politischen Bedeutung des Karlsruher Urteils zum Grundlagenvertrag. In: Blätter für deutsche und internationale Politik 1973 S. 947 ff.
Ellwein, Thomas: Innenpolitische Voraussetzungen und Schwierigkeiten der Deutschlandpolitik. In: Was soll aus Deutschland werden? S. 84 ff. Hrsg. von Froese, Leonhard. München 1968.
End, Heinrich: Zweimal deutsche Außenpolitik. Köln 1973.
Ermacora, Felix: Berlin - Relikt der deutschen Einheit? In: Gedächtnisschrift Hans Peters S. 480 ff. Berlin 1967.
Ermacora, Felix: Verfassungsrecht durch Richterspruch. Karlsruhe 1960.
Eschenburg, Theodor: Das isolierte Berlin. In: Berlin in Vergangenheit und Gegenwart S. 140 ff. Hrsg. von Rothfels, Hans. Tübingen 1961.
Fiedler, Wilfried: Staatskontinuität und Verfassungsrechtsprechung. Freiburg/München 1970.
Fijalkowski, Jürgen/Hauck, Peter/Holst, Axel/Kemper, Gerd-Heinrich/Mintzel, Alf: Berlin - Hauptstadtanspruch und Westintegration. Köln - Opladen 1967.
Finis Germaniae? Hrsg. von Münch, Ingo von/Oppermann, Thomas/Stödter, Rolf. Frankfurt/M. 1977.
Finkelnburg, Klaus: Die Bundeszugehörigkeit Berlins und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Berliner Sachen. In: NJW 1974 S. 1969 ff.
Finkelnburg, Klaus: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Berliner Sachen. In: AöR Band 95 S. 581 ff.
Forsthoff, Ernst: Rechtsstaat im Wandel. Stuttgart 1964.
Friesenhahn, Ernst: Hüter der Verfassung? In: ZRP 1973 S. 188 ff.
Friesenhahn, Ernst: Über Begriff und Arten der Rechtsprechung. In: Festschrift für Richard Thoma S. 21 ff. Tübingen 1950.
Friesenhahn, Ernst: Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland. Köln - Berlin - Bonn - München 1963.
Geiger, Willi: Einige Probleme der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit. In: DÖV 1952 S. 481 ff.
Gerstein, Hannelore/Schellhoss, Hartmut: Die Bonner Exekutive. In: Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht S. 71 ff. Hrsg. von Zapf, Wolfgang. Tübingen 1964.
Giese, Friedrich: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. 1. Aufl., Frankfurt 1949.
Giese, Friedrich/Schunck, Egon: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. 5. Aufl., Frankfurt/M. 1960.
Gleich, Johann G.: Die Anerkennung der DDR durch die Bundesrepublik. Frankfurt/M. 1975.
Görg, Hubert: Die finanzrechtlichen und finanzwirtschaftlichen Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Lande Berlin. In: DÖV 1951 S. 597 ff.

Görlich, Michael: Die staatsrechtliche Stellung des Bevollmächtigten der Bundesrepublik Deutschland in Berlin. Würzburg 1971.
Gotto, Klaus: Adenauers Deutschland- und Ostpolitik 1954 - 1963. In: Adenauer-Studien Band III S. 3 ff. Hrsg. von Morsey, Rudolf/Repgen, Konrad. Mainz 1974.
Grasemann, Hans-Jürgen: Das Bundesverfassungsgericht und die Deutschlandfrage. In: Deutsche Studien 1978 S. 109 ff.
Grasemann, Hans-Jürgen: Deutsche Staatsangehörigkeit und DDR-Staatsbürgerschaft. In: Deutsche Studien 1978 S. 331 ff.
Grewe, Wilhelm G.: Deutsche Außenpolitik der Nachkriegszeit. Stuttgart 1960.
Grimm, Dieter: Gegenwartsprobleme der Verfassungspolitik und der Beitrag der Politikwissenschaft. In: PVS Sonderheft 9/1978 S. 272 ff.
Der Grundlagenvertrag vor dem Bundesverfassungsgericht. Hrsg. vom Presse- und Informationsamt der Bundesregierung in Zusammenarbeit mit dem Bundesverfassungsgericht. Karlsruhe.
Gschnitzer, Franz: Lebensrecht und Rechtsleben des Kleinstaates. In: Gedächtnisschrift Ludwig Marxer S. 19 ff. Zürich 1963.
Guttenberg, Karl-Theodor Freiherr zu: Die neue Ostpolitik. Osnabrück 1971.
Hacke, Christian: Die Ost- und Deutschlandpolitik der CDU/CSU. Köln 1975.
Hacker, Jens: Berlin als ständiger Streitpunkt. In: PM 1978 Heft 179 S. 5 ff.
Hacker, Jens: Deutsche unter sich. Stuttgart-Degerloch 1977.
Häberle, Peter: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. In: JZ 1975 S. 297 ff.
Haftendorn, Helga: Abrüstungs- und Entspannungspolitik zwischen Sicherheitsbefriedigung und Friedenssicherung. Düsseldorf 1974.
Hamann, Andreas: Das Grundgesetz. 1. Aufl., Berlin - Neuwied - Darmstadt 1956.
Hamann, Andreas: Das Grundgesetz. 2. Aufl., Neuwied - Berlin 1961.
Hennig, Ottfried: Die Bundespräsenz in West-Berlin. Köln 1976.
Hermens, Ferdinand A.: Verfassungslehre. Frankfurt/M. 1964.
Herzfeld, Hans: Berlin in der Weltpolitik 1945 - 1970. Berlin - New York 1973.
Heydte, Fritz August Freiherr von der: Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither. In: VVDStL Band 13 S. 6 ff.
Heydte, Fritz August Freiherr von der: Deutschlands Rechtslage. In: Die Friedens-Warte 1950/51 S. 323 ff.
Höhne, Roland A.: Die Motive der ostpolitischen Opposition seit 1969. In: Die Ostpolitik der Bundesrepublik - Triebkräfte, Widerstände, Konsequenzen S. 53 ff. Hrsg. von Jahn, Egbert/Rittberger, Volker. Opladen 1974.
Hoffmann, Gerhard: Staats- und völkerrechtliche Möglichkeiten der Wiedervereinigung. In: Was soll aus Deutschland werden? S. 107 ff. Hrsg. von Froese, Leonhard. München 1968.
Hoffmann-Riem, Wolfgang: Beharrung oder Innovation - zur Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. In: Der Staat 1974 S. 335 ff.
Huyn, Hans Graf: Die Sackgasse. Stuttgart 1966.
Ipsen, Knut: Die UN-Mitgliedschaft der beiden deutschen Staaten und die deutsche Frage. In: Politik und Kultur 1975 Heft 1 S. 3 ff.
Jahn, Hans Edgar: Für und gegen den Wehrbeitrag. Köln 1957.
Jahrbuch der öffentlichen Meinung 1947 - 1955; 1957; 1965 - 1967; 1968 - 1973. Hrsg. von Noelle, Elisabeth/Neumann, Erich Peter. Allensbach 1956; 1957; Allensbach - Bonn 1967; 1974.
Jansen, Thomas: Abrüstung und Deutschland-Frage. Mainz 1968.
Jaspers, Karl: Freiheit und Wiedervereinigung. München 1960.
Jaspers, Karl: Wohin treibt die Bundesrepublik? Stuttgart - Hamburg 1966.

Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre. 3. Aufl., Darmstadt 1959.
Joël, Curt: Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich. In: AöR Band 77 S. 133 ff.
Der Kampf um den Wehrbeitrag. Veröffentlichung des Instituts für Staatslehre und Politik. Band I München 1952, Band II München 1953, Band III München 1958.
Kaufmann, Erich: Die These von den zwei deutschen "Teilstaaten" oder "Teilvölkern". In: Bulletin 1955 S. 17 ff.
Kaupen, Wolfgang/Rasehorn, Theo: Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie. Neuwied - Berlin 1971.
Kelsen, Hans: The Legal Status of Germany according to the Declaration of Berlin. In: The American Journal of International Law 1945 S. 518 ff.
Kelsen, Hans: Principles of International Law. New York 1952.
Kelsen, Hans: Wer soll Hüter der Verfassung sein? In: Die Wiener rechtstheoretische Schule Band II S. 1873 ff. Hrsg. von Klecatsky, Hans u.a. Wien 1968.
Kelsen, Hans: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. In: Die Wiener rechtstheoretische Schule Band II S. 1813 ff. Hrsg. von Klecatsky, Hans u.a. Wien 1968.
Kewenig, Wilhelm: Die deutsche Opstpolitik und das Grundgesetz. In: EA 1971 S. 469 ff.
Kewenig, Wilhelm: Deutschlands Rechtslage heute. In: EA 1974 S. 71 ff.
Kewenig, Wilhelm: Auf der Suche nach einer neuen Deutschlandtheorie. In: DÖV 1973 S. 797 ff.
Kewenig, Wilhelm: Verfassungsrechtliche Probleme eines Vertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik. In: Staats- und völkerrechtliche Aspekte der Deutschland- und Ostpolitik S. 91 ff. Hrsg. von Doehring, Karl/Kewenig, Wilhelm/Ress, Georg. Frankfurt/M. 1971.
Kimminich, Otto: Deutschland als Rechtsbegriff und die Anerkennung der DDR. In: DVBl 1970 S. 437 ff.
Kimminich, Otto: Grundvertrag. In: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Anhang. Hamburg (Stand) 1974.
Kimminich, Otto: Das Urteil über die Grundlagen der staatsrechtlichen Konstruktion der Bundesrepublik Deutschland. In: DVBl 1973 S. 657 ff.
Kirn, Michael: Der Fortbestand des Deutschen Reiches nach 25 Jahren Grundgesetz. In: ZRP 1974 S. 84 ff.
Klein, Friedrich: Bonner Grundgesetz und Wiedervereinigung Deutschlands. In: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht - Gedächtnisschrift für Walter Jellinek S. 119 ff. München 1955.
Klein, Friedrich: Bundesverfassungsgericht und richterliche Beurteilung politischer Fragen. Münster 1966.
Klein, Hans Hugo: Justizialisierung der Politik. In: PM 1975 Heft 162 S. 71 ff.
Koch, Diether: Heinemann und die Deutschlandfrage. München 1972.
Körner, Klaus: Die alliierten Deutschlandkonferenzen. In: Handbuch der deutschen Außenpolitik S. 555 ff. Hrsg. von Schwarz, Hans-Peter. München - Zürich 1975.
Körner, Klaus: Die innerdeutschen Beziehungen. In: Handbuch der deutschen Außenpolitik S. 616 ff. Hrsg. von Schwarz, Hans-Peter. München - Zürich 1975.
Körner, Klaus: Die Wiedervereinigungspolitik. In: Handbuch der deutschen Außenpolitik S. 587 ff. Hrsg. von Schwarz, Hans-Peter. München - Zürich 1975.
Kommers, Donald P.: Judicial Politics in Western Germany. Beverly Hills 1976.
Der Konkordatsprozeß. Hrsg. von Müller, Hans u.a. Band II München 1957, Band III München 1958.

Kosthorst, Erich/Teppe, Karl: Die Teilung Deutschlands und die Entstehung zweier deutscher Staaten. Paderborn 1976.
KPD-Prozeß. Hrsg. von Peiffer, Gerd/Strickert, Hans-Georg. Band 1 Karlsruhe 1955, Band 2 Karlsruhe 1956, Band 3 Karlsruhe 1956.
Kreutzer, Heinz: Berlin im Bund. In: ZfP 1954 S. 139 ff.
Kreutzer, Heinz: Die Geltung von Bundesrecht in Berlin. In: JR 1951 S. 641 ff.
Kreutzer, Heinz: Das öffentliche Recht in Berlin. In: DÖV 1955 S. 11 ff.
Kreutzer, Heinz: Die Stellung des Landes Berlin nach den Verträgen von Bonn und Paris. In: DÖV 1956 S. 225 ff.
Kriele, Martin: Legitimitätsprobleme der Bundesrepublik. München 1977.
Kriele, Martin: Unabhängige Entscheidung. In: ZRP 1973 S. 193 ff.
Krüger, Herbert: Die deutsche Staatlichkeit im Jahre 1971. In: Der Staat 1971 S. 1 ff.
Krüger, Hildegard: Revisibilität des von Berlin als Landesrecht übernommenen Bundesrechts. In: NJW 1954 S. 1393 f.
Kübler, Friedrich Karl: Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz. In: AcP 1963 S. 104 ff.
Külz, Helmut R.: Der Meinungsstreit um den rechtlichen Status von Berlin. In: DuR 1974 S. 267 ff.
Lamprecht, Rolf/Malanowski, Wolfgang: Richter machen Politik. Frankfurt a.M. 1979.
Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 2. Aufl., Berlin - Heidelberg - New York 1969.
Lassalle, Ferdinand: Über Verfassungswesen. Berlin 1923.
Laufer, Heinz: Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kontrolle. In: Probleme der Demokratie heute S. 226 ff. Opladen 1971.
Laufer, Heinz: Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß. Tübingen 1968.
Lehmann, Hans G.: Die Entstehung des Oder-Neiße-Konflikts im Spannungsfeld zwischen Ost und West. In: PuZ 1976 B 43 S. 21 ff.
Lehmann-Brauns, Uwe: Die staatsrechtliche Bedeutung der Präambel des Grundgesetzes. Berlin 1964.
Leibholz, Gerhard: Das Bundesverfassungsgericht und die richterliche Beurteilung der Politik. In: Universitas 1963 S. 1283 ff.
Leibholz, Gerhard: Der Status des Bundesverfassungsgerichts. In: Das Bundesverfassungsgericht S. 61 ff. Karlsruhe 1963.
Leibholz, Gerhard: Verfassungsstaat - Verfassungsrecht. Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1973.
Leicht, Robert: Grundgesetz und politische Praxis. München 1974.
Lerche, Peter: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Berliner Fragen. In: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band 1 S. 715 ff. Hrsg. von Starck, Christian. Tübingen 1976.
Lewald, Walter: Verfassungsgebot und Wiedervereinigung. In: NJW 1971 S. 89 f.
Lewald, Walter: Die verfassungsrechtliche Lage Deutschlands. In: NJW 1973 S. 2265 ff.
Loewenstein, Karl: Verfassungslehre. 2. Aufl., Tübingen 1969.
Löwenthal, Richard: Vom kalten Krieg zur Ostpolitik. In: Die zweite Republik S. 604 ff. Hrsg. von Löwenthal, Richard/Schwarz, Hans-Peter. Stuttgart 1974.
Ludz, Peter C.: Die DDR zwischen Ost und West. München 1977.
Lush, C.D.: The Relationship between Berlin and the Federal Republic of Germany. In: ICLQ 1965 S. 742 ff.
Mahncke, Dieter: Berlin im geteilten Deutschland. München - Wien 1973.
Mahnke, Hans-Heinrich: Der besondere Charakter der innerdeutschen Beziehungen. In: DA 1970 S. 267 ff.

Mahnke, Hans-Heinrich: Friedenspolitik und Verfassung. In: DA 1973 S. 723 ff.
Mahnke, Hans-Heinrich: Rechtsprobleme des Grundlagenvertrages. In: DA 1974 S. 130 ff.
Mampel, Siegfried: Der Sowjetsektor von Berlin. Frankfurt/M. - Berlin 1963.
Mangoldt, Hermann von: Das Bonner Grundgesetz. 1. Aufl., Berlin - Frankfurt/M. 1953.
Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich: Das Bonner Grundgesetz. 2. Aufl., Berlin - Frankfurt/M. 1957.
Mann, Golo: Gedanken zum Grundvertrag. In: NR 1973 S. 1 ff.
Marcic, René: Verfassungsgerichtsbarkeit als Sinn der reinen Rechtslehre. In: Die moderne Demokratie und ihr Recht - Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag Band 2 S. 481 ff. Tübingen 1966.
Marcic, René: Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Wien 1957.
Martin, Ernst: Rechtsprechung als politische Entscheidung - Verfassungsgerichtsbarkeit im System der Gewaltenteilung. In: PuZ 1971 B 38 S. 17 ff.
Massing, Otwin: Das Bundesverfassungsgericht als Instrument sozialer Kontrolle. In: PVS Sonderheft 2/1970 S. 180 ff.
Massing, Otwin: Recht als Korrelat der Macht? In: Der CDU-Staat Band 1 S. 211 ff. Hrsg. von Schäfer, Gert/Nedelmann, Carl. 2. Aufl., Frankfurt/M. 1969.
Massing, Otwin: "Verfassungskonsens" als Alibi. Anmerkungen zur Kritik des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts an Kanzler und Parlament. In: ZParl 1979 S. 119 ff.
Maunz, Theodor: Deutsches Staatsrecht. 1. Aufl., München - Berlin 1951; 4. Aufl., München - Berlin 1955.
Maunz, Theodor/Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Ulsamer, Gerhard: Bundesverfassungsgerichtsgesetz. München (Stand) 1978.
Meessen, Karl Matthias: Das Problem der deutschen Staatsangehörigkeit nach dem Grundvertrag. In: EA 1973 S. 515 ff.
Menger, Christian-Friedrich: Die Teilung Deutschlands als Verfassungsproblem. In: Der Staat 1962 S. 3 ff.
Menzel, Eberhard: Verfassungswidrigkeit der Ostverträge von 1970? In: DÖV 1971 S. 361 ff.
Model, Otto: Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland. 2. Aufl., Moers 1952.
Mommsen, Wolfgang J.: Die deutsche Frage als nationales und als europäisches Problem. In: Politik und Kultur 1977 Heft 1 S. 3 ff.
Morr, Hubertus von: Der Bestand der deutschen Staatsangehörigkeit nach dem Grundvertrag. Berlin 1977.
Müller, Gebhard: Ansprache zur Amtseinführung des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts am 13. Februar 1959. Karlsruhe 1959.
Müller, Gebhard: Das Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland. In: Journal der internationalen Juristen-Kommission 1965 S. 219 ff.
Nagel, Willi: Die rechtliche Lage West-Berlins. 1964.
Nawiasky, Hans: Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. Stuttgart - Köln 1950.
Neumann, Erich Peter: Wiedervereinigung in der öffentlichen Meinung. In: PM 1964 Heft 91 S. 19 ff.
Neunreither, Karlheinz: Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung. Heidelberg 1959.
Niclauß, Karlheinz: Demokratiegründung in Westdeutschland. München 1974.
Niclauß, Karlheinz: Kontroverse Deutschlandpolitik. Frankfurt/M. 1977.
Noack, Paul: Das Scheitern der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft. Düsseldorf 1977.
Nolte, Ernst: Deutschland und der Kalte Krieg. München - Zürich 1974.
Oppermann, Thomas: Anmerkung (zum Grundlagenvertragsurteil). In: JZ 1973 S. 594 ff.

Ostverträge - Berlin-Status - Münchner Abkommen - Beziehungen zwischen der BRD und der DDR. Hamburg 1971.
Peters, Hans: Die staats- und völkerrechtliche Lage Berlins. In: DV 1949 S. 601 ff.
Pfeiler, Wolfgang: Deutschland in der Welt von morgen. In: DA 1972 S. 1023 ff.
Politischer Club: Aktive Deutschlandpolitik - Ziele, Bedingungen, Strategien. In: DA 1969 S. 384 ff.
Popper, Karl R.: Objektive Erkenntnis. Hamburg 1973.
Prowe, Diethelm: Weltstadt in Krisen - Berlin 1949 - 1958. Berlin - New York 1973.
Quist, Rolf: Kennt das Grundgesetz ein Wiedervereinigungsgebot? In: Politische Studien 1971 S. 614 ff.
Quist, Rolf: Ostpolitik, Völkerrecht und Grundgesetz. Starnberg 1972.
Rabl, Kurt: Der gegenwärtige Stand der deutschen Frage im Lichte des Karlsruher Urteils und der Folgevereinbarungen zum deutsch-deutschen Grundlagenvertrag. In: ZfP 1975 S. 165 ff.
Rabl, Kurt: Die gegenwärtige völkerrechtliche Lage der deutschen Ostgebiete. München 1958.
Rammstedt, Ottheim: Zum Legitimationsverlust von Legitimität. In: PVS Sonderheft 7/1976 S. 108 ff.
Ress, Georg: Die Rechtslage Deutschlands nach dem Grundlagenvertrag vom 21. Dezember 1972. Berlin - Heidelberg - New York 1978.
Ress, Georg: Verfassungs- und völkerrechtliche Überlegungen zum Viermächte-Abkommen über Berlin vom 3. September 1971 und den innerdeutschen Ausführungsvereinbarungen. In: Staats- und völkerrechtliche Aspekte der Berlin-Regelung S. 29 ff. Hrsg. von Doehring, Karl/Ress, Georg. Frankfurt/M. 1972.
Reuther, Hans: Bundesrepublik Deutschland und Deutsches Reich. Erlangen 1951.
Ridder, Helmut: Das Bundesverfassungsgericht. Bemerkungen über Aufstieg und Fall einer antirevolutionären Einrichtung. In: Der Kampf um das Grundgesetz S. 70 ff. Hrsg. von Römer, Peter. Frankfurt/M. 1977.
Ridder, Helmut: In Sachen Opposition: Adolf Arndt und das Bundesverfassungsgericht. In: Festschrift für Adolf Arndt S. 323 ff. Frankfurt/M. 1969.
Riklin, Alois: Das Berlinproblem. Köln 1964.
Rogge, Peter G.: Die amerikanische Hilfe für Westberlin. Tübingen 1959.
Rottmann, Joachim: Der Viermächte-Status Berlins. Bonn - Berlin 1959.
Rumpf, Helmut: Aktuelle Fragen der Wiedervereinigung Deutschlands. In: EA 1957 S. 9723 ff.
Rumpf, Helmut: Die deutsche Staatsangehörigkeit nach dem Grundvertrag. In: ZRP 1974 S. 201 ff.
Rumpf, Helmut: Deutschlands Rechtslage seit 1973. In: ZfP 1975 S. 111 ff.
Rumpf, Helmut: Land ohne Souveränität. 2. Aufl., Karlsruhe 1973.
Rumpf, Helmut: Verhandlungen mit Pankow auch rechtlich unmöglich. In: Bulletin 1958 S. 481 ff.
Rupp-von-Brünneck, Wiltraut: Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt - Wechselseitiges Verhältnis zwischen Verfassungsgericht und Parlament. In: AöR Band 102 S. 1 ff.
Scharpf, Fritz Wilhelm: Grenzen der richterlichen Verantwortung. Karlsruhe 1965.
Schenk, Rainer: Die Viermächteverantwortung für Deutschland als Ganzes, insbesondere deren Entwicklung seit 1969. Bern - Frankfurt/M. - München 1976.
Scheuer, Gerhart: Die Rechtslage des geteilten Deutschland. Frankfurt/M. - Berlin 1960.
Scheuner, Ulrich: Die staatsrechtliche Kontinuität in Deutschland. In: DVBl 1950 S. 481 ff und 514 ff.
Scheuner, Ulrich: Die staatsrechtliche Stellung der Bundesrepublik. In: DÖV 1973 S. 581 ff.
Scheuner, Ulrich: Voraussetzungen und Verfahren der Wiedervereinigung Deutschlands. In : EA 1955 S. 8071 ff.

Schmid, Carlo: Bund und Länder. In: Die zweite Republik S. 244 ff. Hrsg. von Löwenthal, Richard/Schwarz, Hans-Peter. Stuttgart 1974.
Schmid, Günther: Entscheidung in Bonn - Die Entstehung der Ost- und Deutschlandpolitik 1969/1970. Köln 1979.
Schmid, Günther: Politik des Ausverkaufs? München 1975.
Schmidt, Robert H.: Saarpolitik 1945 - 1957. Band 1 Berlin 1959, Band 2 Berlin 1960, Band 3 Berlin 1962.
Schmitt, Carl: Der Hüter der Verfassung, 2. Aufl., Berlin 1931.
Schmitt, Carl: Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung. In: Verfassungsrechtliche Aufsätze S. 63 ff. Berlin 1958.
Schmitt, Carl: Verfassungslehre. Berlin 1954.
Schneider, Hans: Gerichtsfreie Hoheitsakte. Tübingen 1951.
Schneider, Hans-Peter: Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht. Frankfurt/M. 1969.
Schoepke, Peter: Die rechtliche Bedeutung der Präambel des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. Bamberg 1965.
Schramm, Theodor: Das Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zur DDR nach dem Grundvertrag. 2. Aufl., Köln - Berlin - Bonn - München 1975.
Schröder, Meinhard: Zur verfassungskonformen Auslegung völkerrechtlicher Verträge. In: JR 1974 S. 182 ff.
Schubert, Glendon: The Constitutional Polity. Boston, Massachusetts 1970.
Schüle, Adolf: Berlin als völkerrechtliches Problem. In: Berlin in Vergangenheit und Gegenwart S. 124 ff. Hrsg. von Rothfels, Hans. Tübingen 1961.
Schütz, Wilhelm Wolfgang: Deutschland-Memorandum. Frankfurt/M. - Hamburg 1968.
Schumann, Ekkehard: Einheit der Prozeßrechtsordnung oder Befreiung des Verfassungsprozeßrechts vom prozessualen Denken? In: JZ 1973 S. 484 ff.
Schuppert, Gunnar Folke: Verfassungsgerichtsbarkeit und Politik. In: ZRP 1973 S. 257 ff.
Schuster, Rudolf: Deutschlands staatliche Existenz im Widerstreit politischer und rechtlicher Gesichtspunkte 1945 - 1963. München 1963.
Schwan, Alexander: Die Krise der pluralistischen Demokratie ist ihre Chance. In: Rückblick auf die Demokratie S. 36 ff. Hrsg. von Kaltenbrunner, Gerd-Klaus. München 1977.
Schwarz, Hans-Peter: Adenauers Wiedervereinigungspolitik. In: PM 1975 Heft 163 S. 33 ff.
Schwarz, Hans-Peter: Die außenpolitischen Grundlagen des westdeutschen Staates. In: Die zweite Republik S. 27 ff. Hrsg. von Löwenthal,Richard/Schwarz, Hans-Peter. Stuttgart 1974.
Schweigler, Gebhard: Nationalbewußtsein in der BRD und der DDR. Düsseldorf 1973.
Seifert, Jürgen: Grundgesetz und Restauration. 3. Aufl., Neuwied - Darmstadt 1977.
Shapiro, Martin: The Supreme Court and Administrative Agencies. New York 1968.
Shapiro, Martin/Hobbes, Douglas S.: The Politics of the Constitutional Law. Cambridge, Massachusetts 1974.
Simma, Bruno: Der Grundvertrag und das Recht der völkerrechtlichen Verträge. In: AöR Band 100 S. 4 ff.
Simons, Walter: Das Reichsgericht in Gegenwart und Zukunft. In: DJZ 1924 Spalte 241 ff.
Smith, Jean Edward: The Defense of Berlin. Baltimore/Maryland 1963.
Sontheimer, Kurt: Justiz und Demokratie in Deutschland. In: Justiz im Wandel der Gesellschaft S. 49 ff. Stuttgart - Berlin 1968.

Sontheimer, Kurt: Volk und Nation in Nachkriegsdeutschland. In: Die Mitarbeit 1969 S. 98 ff.
Sontheimer, Kurt: Die zweite deutsche Teilung. In: NR 1971 S. 1 ff.
Spanner, Hans: Verfassungsrecht und politische Wirklichkeit bei der Rechtskontrolle von Staatsverträgen. In: Die moderne Demokratie und ihr Recht - Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag Band 2 S. 607 ff. Tübingen 1966.
Spotts, Frederic: Kirchen und Politik in Deutschland. Stuttgart 1976.
Der Status des Bundesverfassungsgerichts - Gutachten, Denkschriften und Stellungnahmen. In: JöR Band 6 S. 120 ff.
Steffan, Dierk-Peter: Richterliche Rechtsfindung durch politisches Engagement? In: PuZ 1974 B 47 S. 15 ff.
Steffani, Winfried: Verfassungskonsens als Problem. Anmerkungen zu einer Kontroverse. In: ZParl 1979 S. 125 ff.
Sternberger, Dolf: Erprobung der Staatsorgane. In: Konrad Adenauer und seine Zeit Band 2 S. 352 ff. Hrsg. von Blumenwitz, Dieter u.a. Stuttgart 1976.
Stobbe, Dietrich: Das Verhältnis Berlins zum Bund und das Viermächte-Abkommen. In: EA 1977 S. 477 ff.
Stödter, Rolf: Deutschlands Rechtslage. Hamburg 1948.
Tönnies, Norbert: Der Weg zu den Waffen. Köln 1957.
Tiessen, Hans-Jakob: Deutsche Staatsangehörigkeit und "innerdeutsche" Grenze vor dem Hintergrund des veränderten Karlsruher Deutschlandmodells. In: DA 1975 S. 52 ff.
Tomuschat, Christian: Auswärtige Gewalt und verfassungsgerichtliche Kontrolle. In: DÖV 1973 S. 801 ff.
Treue, Wolfgang: Deutsche Parteiprogramme 1861 - 1961. Berlin - Frankfurt 1961.
Das vierseitige Abkommen über Westberlin und seine Realisierung - Dokumente 1971 - 1977. Hrsg. vom Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten der DDR und vom Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten der UdSSR. Berlin 1977.
Vocke, Klaus: Politische Gefahren der Theorien über Deutschlands Rechtslage. In: EA 1957 S. 10199 ff.
Völkel, Walter: Zur Reaktion der DDR auf das Karlsruher Urteil zum Grundlagenvertrag. In: DA 1974 S. 140 ff.
Vogel, Hans-Jochen: Videant judices! Zur aktuellen Kritik am Bundesverfassungsgericht. In: DÖV 1978 S. 665 ff.
Vogelsang, Thilo: Das geteilte Deutschland. 8. Aufl., München 1978.
Wassermann, Rudolf: Zur politischen Funktion der Rechtsprechung. In: PuZ 1974 B 47 S. 3 ff.
Weber, Karl: Das Wiedervereinigungsgebot im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949. Marburg 1967.
Weber, Max: Wirtschaft und Gesellschaft. 5. Aufl., Tübingen 1972.
Weber, Werner: Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem. 3. Aufl., Berlin 1970.
Well, Günther van: Die Teilnahme Berlins am internationalen Geschehen: ein dringender Punkt auf der Ost-West-Tagesordnung. In: EA 1976 S. 647 ff.
Wengler, Wilhelm: Juristische Luftbrücken von Karlsruhe nach West-Berlin. In: JZ 1974 S. 528 ff.
Wengler, Wilhelm: Justitiabilität der Wiedervereinigungsfrage? In: NJW 1971 S. 456 f.
Wengler, Wilhelm: Die Übernahme von Bundesgesetzen für Berlin. In: Die moderne Demokratie und ihr Recht - Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag Band 2 S. 939 ff. Tübingen 1966.
Wengler, Wilhelm: Völkerrecht. Berlin - Göttingen - Heidelberg 1964.

Werle, Raymund: Justizorganisation und Selbstverständnis der Richter. Kronberg/Ts. 1977.
Werner, Fritz: Bemerkungen zur Funktion der Gerichte in der gewaltenteilenden Demokratie. In: Juristen-Jahrbuch 1960 S. 68 ff.
Werner, Fritz: Vom Richteramt in unserer Zeit. In: Justiz im Wandel der Gesellschaft S. 32 ff. Stuttgart - Berlin 1968.
Werthauer, Kurt: Kann die Zuständigkeit der höchsten Bundesgerichte für Berlin begründet werden? In: JR 1949 S. 369 f.
Wettig, Gerhard: Berlin in den interalliierten Vereinbarungen der Kriegszeit und im Potsdamer Abkommen. In: Potsdam und die deutsche Frage S. 93 ff. Köln 1970.
Wettig, Gerhard: Fünf Jahre Berlin-Abkommen. In: PuZ 1976 B 42 S. 3 ff.
Whinney, Edward Mc: Judicial Restraint and the West German Constitutional Court. In: HLR 1961/62 S. 5 ff.
Wildenmann, Rudolf: Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts und der Deutschen Bundesbank in der politischen Willensbildung. Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1969.
Wilke, Dieter/Koch, Gerd H.: Außenpolitik nach Anweisung des Bundesverfassungsgerichts? In: JZ 1975 S. 233 ff.
Wittig, Peter: Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts? In: Der Staat 1969 S. 137 ff.
Wittmayer, Leo: Die Weimarer Reichsverfassung. Tübingen 1922.
Zeitler, Franz Christoph: Verfassungsgericht und völkerrechtlicher Vertrag. Berlin 1974.
Zieger, Gottfried: Berlin-Klauseln in den Verträgen der Bundesrepublik Deutschland. In: Politik und Kultur 1975 Heft 3/4 S. 15 ff.
Zinn, Georg August: Der Bund und die Länder. In: AöR Band 75 S. 291 ff.
Zippelius, Karl: Verfassungsgericht und Politik. In: JR 1973 S. 406 f.
Zippelius, Reinhold: Einführung in die juristische Methodenlehre. 2. Aufl., München 1974.
Zivier, Ernst R.: Der Rechtsstatus des Landes Berlin. 2. Aufl., Berlin 1974.
Zivier, Ernst R.: Zum Rechtsstatus des Landes Berlin. In: Recht und Politik 1970 S. 9 ff.
Zuck, Rüdiger: Das Bundesverfassungsgericht als Dritte Kammer. In: ZRP 1978 S. 189 ff.
Die Zukunft unserer Demokratie. Hrsg. von Schreiber, Norbert. München 1979.
Zweigert, Konrad: Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit. In: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band 1 S. 63 ff. Hrsg. von Starck, Christian. Tübingen 1976.
Zweigert, Konrad: Die Verfassungsbeschwerde. In: JZ 1952 S. 321 ff.

Auszug aus dem Grundgesetz

Präambel

Im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, von dem Willen beseelt, seine nationale und staatliche Einheit zu wahren und als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen, hat das Deutsche Volk in den Ländern Baden, Bayern, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern, um dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben, kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland beschlossen. Es hat auch für jene Deutschen gehandelt, denen mitzuwirken versagt war. Das gesamte Deutsche Volk bleibt aufgefordert, in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands zu vollenden.

Art. 16

(1) Die deutsche Staatsangehörigkeit darf nicht entzogen werden. Der Verlust der Staatsangehörigkeit darf nur auf Grund eines Gesetzes und gegen den Willen des Betroffenen nur dann eintreten, wenn der Betroffene dadurch nicht staatenlos wird.

(2) ...

Art. 23

Dieses Grundgesetz gilt zunächst im Gebiete der Länder Baden, Bayern, Bremen, Groß-Berlin, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern. In anderen Teilen Deutschlands ist es nach deren Beitritt in Kraft zu setzen.

Art. 116

(1) Deutscher im Sinne dieses Grundgesetzes ist vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiete des Deutschen Reiches nach dem Stande vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat.

(2) ...

Art. 144

(1) ...

(2) Soweit die Anwendung dieses Grundgesetzes in einem der in Artikel 23 aufgeführten Länder oder in einem Teile eines dieser Länder Beschränkungen unterliegt, hat das Land oder der Teil des Landes das Recht, gemäß Artikel 38 Vertreter in den Bundestag und gemäß Artikel 50 Vertreter in den Bundesrat zu entsenden.

Art. 146

Dieses Grundgesetz verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist.

Lebenslauf

Ich wurde am 2. September 1946 als zweiter Sohn des kaufmännischen Angestellten Reinhard Fenner und seiner Frau Elisabeth, geb. Peters, in Hamburg geboren, wo ich aufwuchs und meine Schulzeit verbrachte. Nach meiner Heirat mit Brigitte Winter im Jahre 1969 siedelte ich zunächst nach Siegburg, dann nach Königswinter um.

Einem vierjährigen Besuch der Volksschule schlossen sich neun Jahre auf dem neusprachlichen und mathematisch-naturwissenschaftlichen Gymnasium für Jungen in Eimsbüttel an; im neusprachlichen Zweig legte ich im Frühjahr 1966 die Reifeprüfung ab. Unmittelbar im Anschluß an die Schulzeit war ich zwei Jahre lang Soldat bei der Bundeswehr-Luftwaffe.

Im Sommersemester 1968 nahm ich an der Universität Hamburg das Studium der Rechtswissenschaft auf, das ich an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn im Jahre 1972 mit der ersten juristischen Staatsprüfung abschloß. Im Anschluß hieran begann ich im Wintersemester 1972 mit einem zweiten Studium, und zwar der Politischen Wissenschaft als Hauptfach sowie der Skandinavistik und des öffentlichen Rechts als Nebenfächer.

Seit 1969 bin ich Angehöriger des Stenographischen Dienstes des Deutschen Bundestages, zunächst als Stenographen-Anwärter, seit 1972 als Parlamentsstenograph.

Ich gehöre der evangelisch-lutherischen Kirche an und bin deutscher Staatsangehöriger.